Direito
Constitucional Europeu
Organização:
Julia Ximenes
Augusto Aguillar

Organização

Julia Maurmann Ximenes

Augusto Aguilar Calahorro

# DIREITO CONSTITUCIONAL EUROPEU

1ª edição

Autores:

Caroline Ferreira Ferrari

Flávia Pollyana Dias Siqueira

Maria Amélia Matos Coelho

Carlos Maurício Lociks de Araújo

Carlos Odon Lopes da Rocha

Everaldo Magalhães Andrade Júnior

Daniel Augusto Mesquita

João Francisco da Mota Junior

Lara Corrêa Sabino Bresciani

Gregorio Cámara Villar

IDP

Brasília

2014

. XIMENES, Julia Maurmann; CALAHORRO, Augusto Aguilar Calahorro .

Direito constitucional europeu/ Organizador Julia Maurmann Ximenes e Augusto Aguillar Calahorro. – disponível no http://www.idp.edu.br/publicacoes/portal-de-ebooksBrasília : IDP, 2014.

284 p.

ISBN 978-85-65604-31-4

1. Direito Constitucional. Direito Europeu. Controle de Convencionalidade.

CDD 341.2

# SUMÁRIO

# APRESENTAÇÃO

**Augusto Aguillar**
**Julia Maurmann Ximenes**

El Derecho Constitucional, como rama autónoma del Derecho, estudia las formas de resolución de conflictos sociales con una metodología particular, centrando su estudio en un objeto esencial: la ordenación del poder y su limitación en garantía de los derechos de los ciudadanos.

Así, el Derecho Constitucional ha evolucionado poco a poco conforme evolucionaban los conflictos sociales que debían resolverse, se ha desarrollado conforme se hacía más complejos y adquirían mayores dimensiones los poderes a los que había que enfrentarse para limitar su actuación en garantía de los derechos y libertades de los ciudadanos. Por ello, el fenómeno de la Globalización, la interrelación de elementos económicos, sociales, políticos… a escala mundial y en tiempo real, ha supuesto en las últimas décadas el principal marco de desarrollo del Derecho constitucional contemporáneo y, a la vez, un reto para los parámetros y la metodología tradicional utilizada por el constitucionalismo.

El fenómeno de la integración europea es un fiel reflejo de la traslación de la metodología constitucional a un escenario global. La Unión Europea se ha construido, poco a poco, siguiendo de forma dinámica y flexible un esquema propio del Derecho constitucional, de manera que se ha configurado un ordenamiento jurídico de naturaleza supranacional que vincula a Estados y a ciudadanos. El proyecto de constitucionalización de este ordenamiento jurídico se encuentra, no obstante en proceso y en los últimos años, por causa de la crisis económica que asola Europa y especialmente los países del Sur, parece desfallecer. No es la primera crisis que sufre el proyecto de integración, pero quizás sí se encuentre más que nunca en entredicho por su inutilidad para resolver los problemas actuales. La UE se encuentra en un punto cardinal que desembocará en su continuidad o en su destrucción.

Como señala el sociólogo Zygmunt Bauman “existe un cierto arte que Europa nunca tuvo ocasión de aprender desde que fue consciente de ser Europa: el de vivir

a la sombra de un poder mayor que ella misma, más ambicioso, y con más recursos en su resolución de imponer sus propias ambiciones como normas para la práctica de todos los demás, y por tanto, también el de adoptar tales normas importadas e impuestas como el modelo a seguir" (Bauman, Europa. Una aventura inacabada, 2006, 73). Con esta implacable afirmación deja constancia de las debilidades que muestra el fenómeno europeo frente a los retos de la globalización. Muy especialmente, frente a los nuevos poderes desarrollados en el seno del liberalismo financiero global. Siglos de desarrollo europeo del constitucionalismo, décadas de integración supranacional, no saben ahora cómo limitar desde el Pequeño Continente a los etéreos "mercados", verdaderos poderes fácticos contemporáneos que imponen hoy a Europa los dictados del "Imperio". De un Imperio extrañamente exógeno e ingenuamente imprevisto por Europa. El sistema de garantías de los derechos y libertades sobre el que se erige el tipo europeo de Estado Social y democrático de Derecho, se encuentra a merced de la voluntad de los poderes económicos globales. De este modo, la crisis económica ha desembocado en una crisis constitucional, tanto estatal como del Derecho constitucional europeo.

Esta es la principal tarea de la Unión Europea hoy. Una vez garantizada la pax europeana en el continente, la Unión Europea encuentra un objetivo primordial: hacer frente al proceso de globalización sin destruir su patrimonio constitucional. Para ello, Europa debe encontrar en la integración supranacional una plataforma para que los pequeños Estados europeos unan esfuerzos y se hagan presentes en el escenario global.

No se trata sólo de hacerse fuerte en el nuevo orden global, sino de hacerlo sin perder de vista el objetivo constitucional de la integración: buscar mecanismos de ordenación y limitación del poder a escala global con la finalidad de garantizar los derechos de los ciudadanos. Tomar conciencia de la globalización, para Europa, no significa forzar su presencia en la toma de decisiones o tratar de alcanzar la hegemonía perdida. Gestionar la globalización desde la Unión Europea significa, en primer término, aceptarla, asumirla, contemplarla, abrirse al mundo, configurarse hacia afuera y olvidar las tendencias eurocéntricas que la han caracterizado durante siglos.

Europa, tiene mucho que aportar en el escenario internacional, especialmente a los nuevos organismos regionales de cooperación que aspiran a seguir la senda de la integración supranacional. Pero principalmente, Europa debe, por primera vez, antes de dar lecciones, observar y aprender del mundo, pues sólo así podrá asumirse la principal función de la integración europea: regular los conflictos globales. Si queremos que la UE funcione como mecanismo constitucional de limitación del poder en el escenario global, allí donde los Estados europeos, por sí solos, no pueden actuar, Europa debe tomar consciencia de la realidad actual, del mundo que la rodea, de las experiencias constitucionales desarrolladas en otros lugares. Pues hoy por hoy, el constitucionalismo no es patrimonio de Europa. Globalización significa interrelación de factores diversos, la apertura hacia la influencia externa irremediable, la fusión, la toma de decisiones locales que influyen globalmente.

Esto, sólo algunos visionarios lo han sabido observar con antelación, como método de estudio del Derecho Constitucional Europeo. Entre ellos el Profesor Peter Häberle, que a través de su obra ha servido de puente entre culturas, y ha permitido crear una auténtica "Sociedad abierta de Intérpretes constitucionales" a nivel global, herramienta esencial para afrontar el futuro del Derecho Constitucional.

Gracias a la iniciativa del Profesor Häberle y a su visión global del Derecho constitucional, tiene el lector entre sus manos esta obra. Pues se debe a él la vinculación entre el Instituto de Derecho Público Brasiliense y el Departamento de Derecho Constitucional de la Universidad de Ganada. Ambas Instituciones, tras años de relación y participación conjunta en actividades de investigación y divulgación científica (personificada especialmente en la figura de los Profesores y Maestros Gilmar Mendes y Francisco Balaguer Callejón), decidieron firmar definitivamente en 2013 un Convenio de Cooperación y Movilidad a través de la Fundación Peter Häberle.

En este Convenio se cristaliza la labor de la Fundación Peter Häberle como verdadero puente entre la Comunidades jurídicas de Brasilia y Granada, contribuyendo en la práctica al desarrollo de un Derecho constitucional orientado a

los problemas de la integración supranacional y de la globalización. Pero no solo desde una perspectiva jurídica, sino también humana, pues el ámbito de concreción del Convenio es el de la movilidad de alumnos de Posgrado. Efectivamente la Maestría Académica en “Constitución y Sociedad” de la Escuela de Derecho del Instituto Brasiliense de Derecho Público (IDP) y el Máster Oficial en “Derecho Constitucional Europeo” de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada tienen precisamente por finalidad el análisis de las nuevas demandas de la sociedad desde una perspectiva global, y la identificación de factores que beneficien los cambios necesarios en el ámbito jurídico y social frente al proceso de globalización a través del avance de nuevas experiencias jurídicas de integración supranacionales, así como el desarrollo de la jurisdicción constitucional y la garantía de los derechos fundamentales.

Por tanto, la idea de la convergencia de alumnos de ambos lados del océano en un espacio físico común, atendiendo a cursos de posgrado conjuntamente, compartiendo inquietudes, dudas, investigaciones, experiencias… supone una concreción de las ideas del profesor Häberle, de su doctrina, y, como hemos señalado antes, quizás la propia cura de las debilidades de Europa. En cualquier caso debe observarse como el terreno natural de cultivo del constitucionalismo de la era global.

La iniciativa tuvo un éxito abrumador. Participaron más de 25 alumnos del IDP y de la Universidad de Granada. Además de una decena de profesores españoles, italianos, y brasileños. Y en todo su desarrollo se observó la mutua influencia de costumbres, lenguas, planteamientos teóricos y prácticos…

El resultado es este libro. En cada uno de sus trabajos se observa el Derecho europeo y el fenómeno de integración europea desde una perspectiva novedosa. El proyecto europeo se llena de frescura al abrirse a la interpretación y análisis de nuestros alumnos brasileños. El objetivo global de la UE parece recobrar fuerzas y

sentido cuando se abre al propio objeto de estudio, a la cultura del “otro”, cuando se observa desde fuera de sí mismo, más allá de sus tradicionales discusiones sin final. El Derecho Constitucional crece, se desarrolla, se adapta a las necesidades culturales, históricas, sociales del momento cuando se analiza e interpreta de forma abierta.

El Derecho constitucional en Europa tiene mucho que aprender aun. La UE, si pretende servir de acicate para enfrentarse a la globalización debe empezar (o continuar) a observarse desde diferentes puntos del mapa terrestre, desde lo global y no frente a la globalización. La palabra clave es quizás “Sociedad abierta” y global de intérpretes del Derecho Constitucional Europeo.

Gracias Julia Ximenes, Ana Carolina Longo, Gilmar Mendes, Francisco Balaguer, Profesor Häberle… gracias a los que enseñasteis y aprendisteis en estos días.

# A PROTEÇÃO AO TRABALHO NO CONTEXTO DA UNIÃO EUROPEIA E O PRINCÍPIO DO PRIMADO

**Caroline Ferreira Ferrari**[1]

## 1. INTRODUÇÃO

É cediço que o Direito Constitucional Europeu ainda encontra-se em formação, percebendo forte influência das tradições constitucionais do seus Estados-membros. Por ser uma disciplina ainda em desenvolvimento, alavanca posicionamentos doutrinários distintos acerca da natureza jurídica de um dos seus principais instrumentos normativos - o Tratado de Lisboa -, celebrado em 13 de dezembro de 2007, naquela cidade.

A aprovação do mencionado Tratado foi compreendida como mecanismo de freio ao processo de constitucionalização da União Europeia, insculpido na proposta outrora abandonada de um Tratado formalmente "Constitucional".

Entretanto, tal fato não impediu o reconhecimento da importância do Tratado de Lisboa e da materialidade constitucional de determinadas normas integrantes da União Europeia - principalmente aquelas voltadas à proteção dos direitos fundamentais -, possuindo, assim, premência sobre a legislação nacional.

Dentre os questionamentos decorrentes desse novel constitucionalismo, permanecem os conflitos entre a legislação da União Europeia e o ordenamento interno dos Estados-membros, sendo que a preferência pela norma supranacional em detrimento da legislação interna foi abraçada pela jurisprudência do Tribunal de Justiça europeu. É o que a doutrina denomina de princípio do primado.

---

[1] Mestranda em Direito Constitucional pelo IDP.

Ocorre que, por vezes, a norma constitucional interna pode consubstanciar uma proteção mais efetiva à dignidade da pessoa humana, razão pela qual surge uma controvérsia acerca de qual regramento deve preponderar, na medida em que também faz parte do papel do Direito Constitucional Europeu a proteção dos direitos fundamentais, incluindo-se aqui a importância social do trabalho.

Nessa linha, interroga-se: Em que medida o princípio do primado interfere na ordem interna dos países membros da comunidade europeia, tendo em vista que ainda não há um arcabouço coeso no âmbito europeu em matéria de trabalho e emprego? Deve-se prevalecer a primazia indistinta da norma europeia ou aquela mais benéfica ao trabalhador consagrada no ordenamento interno dos Estados-membros?

Destaca-se que a resposta a esse questionamento é essencial para a compreensão da conformação jurídica do Direito Constitucional Europeu, pois acaso se entenda pela prevalência do regramento mais benéfico aos direitos fundamentais do trabalhador previstos na legislação de cada país membro, resta saber em que medida esse direito fundamental "mais protetivo" interfere, em contrapartida, no ordenamento jurídico europeu.

Para tanto, será a analisado, num primeiro momento, o conceito de direito social do trabalho e, em sequência, os efeitos da globalização sobre o mercado de trabalho na Europa; num segundo momento, a função do Tribunal de Justiça europeu e a sua contribuição para a afirmação e fortalecimento de um efetivo constitucionalismo "supranacional".

## 2. O DIREITO SOCIAL AO TRABALHO

O Direito do Trabalho desenvolveu-se a partir do Século XIX com o desígnio de amenizar as desigualdades sociais, trazendo em seu bojo normas de amparo ao trabalho humano, a exemplo da redução da jornada diária e da proteção

ao trabalho do menor e da mulher, considerados "meias-forças" [2], *"matizando-o com as premissas que informam o direito público."*[3].

Isso porque o Direito Civil, baseado na plena liberdade individual, demonstrou-se insuficiente para regular os contratos de trabalho travados à época, vivenciando-se um sentimento de irresignação por parte do proletariado e uma consciência de classe germinada na massa[4], com o reconhecimento da necessária proteção especial ao labor humano. E foi com base nessa premissa que o Direito do Trabalho desenvolveu o seu princípio protetor, a fim de levar à realidade prática a igualdade substancial daqueles que não se encontravam no mesmo patamar contratual.[5]

Entretanto, o exercício regulamentador e limitativo da autonomia dos participantes sociais na relação laboral não é sempre fator satisfatório à efetiva proteção dos valores sociais do trabalho, já que, por vezes, a burla à legislação se subtrai numa atuação aparentemente consentânea com a Constituição. É preciso, por isso, que o órgão jurisdicional esteja atento, interpretando a lei à luz do texto constitucional e de seus objetivos precípuos.

No âmbito europeu, o Tribunal de Justiça exerce forte influência para a conformação de uma fonte comunitária coesa e autossuficiente sobre direitos fundamentais do trabalhador, ainda em processo gradual de compleição.

---

[2] BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho.** 2. ed. São Paulo: LTr, 2006, p.59.

[3] GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Globalização, Neoliberalismo e Direito no Brasil.** Londrina. Ed. Humanidades, 2004, p.83.

[4] A propósito, Délio Maranhão adverte que: "O contrato pressupõe a liberdade de contratar ou não; a igualdade dos contratantes no plano jurídico; e o respeito à palavra empenhada, à fé contratual: dignifica a pessoa humana do trabalhador." (In: SÜSSEKIND, Arnaldo, et. al. **Instituições de Direito do Trabalho**. 22. ed. São Paulo: LTr, 2005, p.235).

[5] Para Américo Plá Rodriguez: "Enquanto no direito comum uma constante preocupação parece assegurar a igualdade jurídica entre os contratantes, no Direito do Trabalho a preocupação central parece ser a de proteger uma das partes com o objetivo de, mediante essa proteção, alcançar-se uma igualdade substancial e verdadeira entre as partes." (In: RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 1979, p.28).

Dentre os principais diplomas normativos de proteção aos direitos humanos, a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia traz em seu bojo princípios de proteção ao trabalho, a exemplo do seu art. 5°, que cuida da proibição do labor forçado e art. 15°, que trata da liberdade profissional.

Ademais, é possível se extrair da referida Carta outros dispositivos aplicáveis diretamente à relação de trabalho, como o princípio da igualdade e da não discriminação em matéria de emprego (art.20°, 21°, 23°), da liberdade de circulação e permanência do trabalhador (art. 45°), integração do portador de deficiência ao mercado de trabalho (art.26°), liberdade sindical e negociação coletiva (art. 28°); proteção à saúde e preservação do meio ambiente laboral (art.31°), promoção profissional (art.29°), dentre outros.[6]

---

[6] **CARTA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA UNIÃO EUROPEIA: Artigo 5.°** - Proibição da escravidão e do trabalho forçado 1. Ninguém pode ser sujeito a escravidão nem a servidão. 2. Ninguém pode ser constrangido a realizar trabalho forçado ou obrigatório. 3. É proibido o tráfico de seres humanos.

**Artigo 15.°** - Liberdade profissional e direito de trabalhar 1. Todas as pessoas têm o direito de trabalhar e de exercer uma profissão livremente escolhida ou aceite. 2. Todos os cidadãos da União têm a liberdade de procurar emprego, de trabalhar, de se estabelecer ou de prestar serviços em qualquer Estado-Membro. 3. Os nacionais de países terceiros que sejam autorizados a trabalhar no território dos Estados-Membros têm direito a condições de trabalho equivalentes àquelas de que beneficiam os cidadãos da União. **Artigo 26.°** - Integração das pessoas com deficiência. A União reconhece e respeita o direito das pessoas com deficiência a beneficiarem de medidas destinadas a assegurar a sua autonomia, a sua integração social e profissional e a sua participação na vida da comunidade. **Artigo 27.°** - Direito à informação e à consulta dos trabalhadores na empresa Deve ser garantida aos níveis apropriados, aos trabalhadores ou aos seus representantes, a informação e consulta, em tempo útil, nos casos e nas condições previstos pelo direito da União e pelas legislações e práticas nacionais. **Artigo 28.° -** Direito de negociação e de acção colectiva. Os trabalhadores e as entidades patronais, ou as respectivas organizações, têm, de acordo com o direito da União e as legislações e práticas nacionais, o direito de negociar e de celebrar convenções colectivas aos níveis apropriados, bem como de recorrer, em caso de conflito de interesses, a acções colectivas para a defesa dos seus interesses, incluindo a greve. **Artigo 29.° -** Direito de acesso aos serviços de emprego. Todas as pessoas têm direito de acesso gratuito a um serviço de emprego. **Artigo 30.° -** Protecção em caso de despedimento sem justa causa. Todos os trabalhadores têm direito a protecção contra os despedimentos sem justa causa, de acordo com o direito da União e com as legislações e práticas nacionais. **Artigo 31.°** - Condições de trabalho justas e equitativas. 1. Todos os trabalhadores têm direito a condições de trabalho saudáveis, seguras e dignas. 2. Todos os trabalhadores têm direito a uma limitação da duração máxima do trabalho e a períodos de descanso diário e semanal, bem como a um período anual de férias pagas. **Artigo 32.°** - Proibição do trabalho infantil e protecção dos jovens no trabalho. É proibido o trabalho infantil. A idade mínima de admissão ao trabalho não pode ser inferior à idade em que cessa a escolaridade obrigatória, sem prejuízo de disposições mais favoráveis aos jovens e salvo derrogações bem delimitadas. Os jovens admitidos ao trabalho devem beneficiar de condições de trabalho adaptadas à sua idade e de protecção contra a

Também não se pode olvidar a importância da Carta Comunitária dos Direitos Fundamentais Sociais dos Trabalhadores (1989) para o desenvolvimento da disciplina, cuja essência foi incorporada ao Tratado de Direitos Fundamentais da União Europeia.[7]

Diante do caráter programático de algumas normas, a exemplo daquelas relacionadas à diminuição das taxas de desemprego, bem como em virtude do exercício regulamentador dos Estados em matéria de trabalho e seguridade social, o Tribunal de Justiça europeu é, por vezes, conclamado a atuar, exercendo um juízo hermenêutico de compatibilidade entre a norma supranacional e a legislação interna, à luz do princípio da dignidade, do primado e da proporcionalidade.[8]

---

exploração económica e contra todas as actividades susceptíveis de prejudicar a sua segurança, saúde ou desenvolvimento físico, mental, moral ou social, ou ainda de pôr em causa a sua educação. **Artigo 33.°** - Vida familiar e vida profissional. 1. É assegurada a protecção da família nos planos jurídico, económico e social. 2. A fim de poderem conciliar a vida familiar e a vida profissional, todas as pessoas têm direito a protecção contra o despedimento por motivos ligados à maternidade, bem como a uma licença por maternidade paga e a uma licença parental pelo nascimento ou adopção de um filho. **Artigo 34.°** - Segurança social e assistência social. 1. A União reconhece e respeita o direito de acesso às prestações de segurança social e aos serviços sociais que concedem protecção em casos como a maternidade, doença, acidentes de trabalho, dependência ou velhice, bem como em caso de perda de emprego, de acordo com o direito da União e com as legislações e práticas nacionais. 2. Todas as pessoas que residam e se desloquem legalmente no interior da União têm direito às prestações de segurança social e às regalias sociais. 2. Todas as pessoas que residam e se desloquem legalmente no interior da União têm direito às prestações de segurança social e às regalias sociais nos termos do direito da União e das legislações e práticas nacionais. 3. A fim de lutar contra a exclusão social e a pobreza, a União reconhece e respeita o direito a uma assistência social e a uma ajuda à habitação destinadas a assegurar uma existência condigna a todos aqueles que não disponham de recursos suficientes, de acordo com o direito da União e com as legislações e práticas nacionais.

[7] PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito Internacional Público e Privado.** 5. ed. Editora Juspodivm. 2013, p. 1.060.

[8] Na seara nacional, a jurisprudência espanhola reconhece o papel da jurisdição constitucional para uma efetiva proteção da parte hipossuficiente da relação - o trabalhador -, que se perfaz pela limitação de sua autonomia contratual. Nesse sentido: *"Sin embargo, en los casos en los que la regulamentación legal no ha realizado esta publificación de las relaciones laborales, la propia jurisprudencia constitucional se ha encargado de limitar el alcance de la autonomía de la voluntad en el contrato de trabajo en beneficio del trabajador, para hacer valer la eficacia de sus derechos fundamentales no específicamente propios de la relación laboral (intimidad, propia imagen, libertad ideológica, libertad de expresión, etc.) frente a los poderes de direción y organización del empresario."* (In: BATISTA, Francisco J; VILLAVERDE, Ignacio; REQUEJO, Paloma; PRESNO, Miguel Angel; ALÁEZ, Benito; SARASOLA, Ignacio F. **Teoría General de los Derechos Fundamentales en la Constitución Española de 1978.** Editorial Tecnos (Grupo Anaya, S.A), 2012, p.194).

Porém, a forma como se dá o diálogo entre a jurisdição interna dos Estados membros e o Tribunal de Justiça europeu ainda é algo em construção, merecendo, por isso, uma análise mais detalhada nos próximos tópicos

Com base nessa premissas é que se passa à apreciação dos efeitos da globalização no mercado de trabalho na Europa.

## 3. OS IMPACTOS DA GLOBALIZAÇÃO NO MERCADO DE TRABALHO EUROPEU

A reorganização da produção, a política neoliberal e o intercâmbio constante entre os diversos Estados evidenciam a sedimentação de um sistema global[9] e interdependente, de forma que o desequilíbrio econômico em uma dada região acarreta impacto em ramos distintos, como a Política e o Direito, com propagação em múltiplos países e intromissão no mercado de trabalho.

Isto porque, situações socioeconômicas estimuladas pelo incremento tecnológico e a alta informatização que experimenta a humanidade vêm interferindo

---

[9] A Ministra Maria Cristina Peduzzi alerta para os efeitos da globalização nos países em desenvolvimento, afirmando que: "A globalização econômica opera de acordo com uma lógica economicista que realça, em primeiro plano, a busca de competitividade, calcada na absorção de tecnologia e na qualificação da mão-de-obra. Nos países em desenvolvimento, no entanto, a busca da competitividade ocorreu por via transversa, consistindo fundamentalmente, na supressão ou redução de direitos sociais, pouco se investindo em ciência e tecnologia ou na qualificação do trabalhador." (In: PEDUZZI, Maria Cristina Irigoyen. **Globalização, integração de mercados, repercussões sociais:** perspectivas do Direito do Trabalho no Brasil. Revista do TST, Brasília, v. 69, n. 1, jan/jun, 2003, p.22).

substancialmente no sistema de emprego, com supressão de postos de trabalho e a efetivação de dispensas coletivas.[10]

É o que se verifica da dispensa em massa de trabalhadores nos últimos anos em países da comunidade europeia, a qual projeta-se sobre outros campos, repercutindo na própria estrutura econômica, política e social daquela comunidade, razão pela qual suscita a análise do operador jurídico sobre a possibilidade e limites de intervenção do Estado no campo privado, seja por meio do estabelecimento de um procedimento específico para a dispensa em massa de empregados, seja através de uma postura proativa, como o direcionamento de incentivos para ramos específicos da economia ou até mesmo a "*judiridicização das relações sociais*".[11]

Como cediço, a conjuntura econômica deficitária, que perdura há alguns anos na Europa, tem afetado sensivelmente as relações trabalhista, consoante se infere do documento produzido pela Comissão Europeia intitulado "Relações Laborais na Europa 2012", segundo o qual:

> "Apesar de o relatório <Relações Laborais na Europa 2010> ter apontado o diálogo social como fator de resiliência na superação dos primeiros efeitos da crise, a presente edição de 2012 concluiu que o impacto do desafio das dívidas soberanas e as políticas de consolidação orçamental aplicadas a um grande número de países estão a gerar alterações mais profundas nas relações laborais na Europa."[12]

---

[10] Explicitando o assunto, Otavio Augusto Reis de Souza pontua: "Assim, havemos de repensar conceitos básicos como a importância do trabalho, para nós e para a sociedade. A eliminação de postos de trabalho típicos é inerente à revolução tecnológica, e as políticas de emprego são inábeis a reavivá-los. Resta-nos a diminuição gradativa da jornada de trabalho, o job sharing, e, mais que isso, impende ao modelo capitalista viabilizar novas formas de repartição de riqueza, que não o trabalho subordinado." (In: SOUZA, Otávio Augusto Reis de. **Nova teoria geral do Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2005, p.38.

[11] XIMENES, Júlia Maurmann. **A judicialização da política e a democracia – o papel do campo jurídico.** RIDB, Ano 1 (2012), nº 11.

[12] COMISSÃO EUROPEIA. **Relações Laborais na Europa 2012 - Resumo**. Luxemburgo: Serviços das Publicações da União Europeia. 2012, p.1.

No âmbito dos direitos fundamentais o papel do Estado não se limita a proteção contra intervenções abusivas, mas assume também uma função positiva, conhecida pela sua dimensão prestacional e sedimentada por meio da proibição de proteção insuficiente.[13]

Não obstante, para a Comissão Europeia[14] o exercício do diálogo é uma forte aliado à pacificação dos conflitos decorrentes da crise econômica, que se perfaz através da negociação coletiva dos atores sociais, com o estabelecimento de mudanças e ajustes que venham a atender os anseios dos seus parceiros, muito embora isso nem sempre ocorra.[15]

Sobre as perspectivas do modelo europeu, professora Luisa Galantino cita a "flexiseguridade", ou seja, a "busca de um melhor equilíbrio entre a manutenção dos níveis de seguridade social presentes nos contextos nacionais e as novas exigências de alocação dos recursos econômicos disponíveis."[16]

A noção de "flexiseguridade" no modelo europeu permite, assim, o equilíbrio do mercado à luz das vicissitudes econômicas e das diversidades culturais, desde que respeitado um patamar mínimo infenso a discussões. Admite-se, destarte, a adoção de algumas medidas por parte dos parceiros sociais, como a instituição do labor a tempo parcial (*part time*), a celebração de contratos

---

[13] MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**. 4. ed. Saraiva, 2012, p.464.

[14] A Comissão Europeia é um órgão integrante da União Europeia (UE), com sede em Bruxelas, responsável pela defesa dos interesses comunitários e cumprimento dos tratados celebrados. É um órgão executivo. (In: PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito Internacional Público e Privado**. 5. ed. Editora Juspodivm, 2013, p.1054).

[15] COMISSÃO EUROPEIA. **Relações Laborais na Europa 2012 - Resumo**. Luxemburgo: Serviços das Publicações da União Europeia. 2012, p.1.

[16] GALANTINO, Luisa. **Direito ao Trabalho e Direito do Trabalho no Modelo Comunitário**. (In: Mannrich, Nelson (Coordenador). Reforma do mercado de trabalho: a experiência italiana. São Paulo: LTr, 2010, p.49).

temporários ou até mesmo o congelamento de salários como medida paliativa, a fim de propiciar, como dito, a estabilização do mercado.[17]

Entretanto, constata-se que a diversidade cultural e a estrutura política distinta de países membros da Europa ainda são empecilhos para a adoção de uma atuação mais abrangente, fato este que levou a União (UE) a consentir com a possibilidade de os Estados-membros restringirem determinadas atividades ao indivíduo nacional, a exemplo das funções públicas, demonstrando-se, destarte, uma postura ainda reticente daquela comunidade.

Nesse diapasão, com o fito de amenizar a diversidade cultura é que parte da doutrina sugere a aplicação do princípio da subsidiariedade, deferindo aos órgão locais - mais próximos do cidadão - mecanismos imediatos de satisfação de suas necessidades sociais, com a atuação subsidiária dos demais entes.[18]

Isto porque, não obstante o esforço empregado pela União Europeia no sentido de avançar na ampliação do setor social, por meio de uma política voltada para a não discriminação, diminuição da taxa de desemprego e dos níveis de acidente de trabalho, além de uma vertente direcionada à preservação ambiental e ao desenvolvimento sustentável, é possível que em alguns países a norma interna

---

[17] Nessa esteira, Arnaldo Süssekind traz a distinção entre desregulamentação e flexibilização para o Direito do Trabalho: "A nosso entender, portanto, a desregulamentação do Direito do Trabalho, que alguns autores consideram uma das formas de flexibilização, com esta não se confunde. A desregulamentação retira a proteção do Estado ao trabalhador, permitindo que a autonomia privada, individual ou coletiva, regule as condições de trabalho e os direitos advindos da relação de emprego. Já a flexibilização pressupõe a intervenção estatal, ainda que básica, com normais gerais abaixo das quais não se pode conceber a vida do trabalhador com dignidade. Precisamente porque há leis é que determinados preceitos devem ser flexibilizados ou estabelecer fórmulas alternativas para sua aplicação." SÜSSEKIND, Arnaldo, et. al. **Instituições de Direito do Trabalho**. v.I. 22. ed. São Paulo: LTr, 2005, p.206-207.

[18] Nesse sentido esclarece o professor Lorenzo Chieffi, lembrando que a "valorização das instituições mais vizinhas às comunidades de indivíduos poderia favorecer uma aceleração da construção europeia em direção a uma União de Estados mais coesa que, embora não chegando a ser aquela Europa dos povos, entusiasticamente imaginada por Maurice Duverger, possa permitir todavia um crescimento cultural e político mais homogêneo em vista dos sucessivos alargamentos que conduzam a uma sensível extensão das suas fronteiras, com o fito de compreender países com condições sócio-econômicas bastante distantes daquelas possuídas no núcleo originário dos Estados fundadores." (In: CHIEFFI, Lorenzo. **A Dimensão Estatal entre Integração Europeia e Desarticulação do Sistema das Autonomias.** (Texto traduzido pelo Prof. Dr. Erik Frederico Gramstrup). Revista Brasileira de Direito Constitucional. n. 5, jan/jun, 2005, p.46-47.

seja mais favorável ao trabalhado humano ou, ainda, seja mais adequada àquela realidade social, caso em que a primazia do regramento europeu acarretará discussões e dúvidas.

Por fim, não se pode olvidar que os problemas relacionados ao campo laboral e o papel desenvolvido pela União Europeia dependem do seu fortalecimento e observância pelos Estados-membros de suas diretivas.

É nesse contexto que as normas protetivas e intensificadoras dos direitos fundamentais estão germinadas, merecendo, por isso, especial atenção.

Portanto, a fim de demonstrar essa interação entre o ordenamento europeu e a legislação nacional, passa-se à apreciação de alguns julgados do Tribunal de Justiça em matéria de trabalho e emprego, elucidando-se, ao final, a postura adotada por aquela Corte.

## 4. O TRIBUNAL DE JUSTIÇA EUROPEU E O PRINCÍPIO DO PRIMADO

Como dito na introdução do presente artigo, o Direito Constitucional Europeu é uma disciplina ainda em desenvolvimento e decorre de uma fenômeno de integração política, econômica e monetária de países da comunidade europeia, por meio da construção de um ordenamento comunitário regente das relações travadas entre seus países membros, os quais cedem uma parcela de sua soberania à União no atendimento de interesses comuns, como o intuito de pacificação social e solução de problemas globais, a exemplo de questões sociais, ambientais e econômicas, insuscetíveis de resolução isolada.

Com sede em Luxemburgo, o Tribunal de Justiça europeu[19] é um órgão jurisdicional cuja função é interpretar a legislação comunitária. De caráter permanente, suas decisões possuem obrigatoriedade.[20]

É assente no Tribunal de Justiça (TJ) que a legislação constante nos Tratados celebrados pela União Europeia, a exemplo do Tratado de Lisboa, possuem aplicação direta e imediata, com precedência sobre as demais, tendo em vista a incidência do princípio do primado do ordenamento jurídico europeu[21].

Vale ressaltar que, muito embora o princípio da primado não tenha constado de maneira expressa no Tratado de Lisboa -, tendo sido elencado apenas na Declaração n. 17, anexada à ata final de sua aprovação, na Conferência Intergovernamental em Portugal - *por sinal, de maneira bastante discreta* - possui aceitação doutrinária e jurisprudencial no cenário daquela comunidade.[22]

Desenvolvido pela jurisprudência e reiteradamente suscitado nos julgados do Tribunal de Justiça, segundo o princípio da primazia ou do primado, em caso de incompatibilidade entre ordenamento jurídico interno e a norma supranacional, deve-

---

[19] Sobre o papel do Tribunal de Justiça, veja-se a observação do professor Francisco Balaguer Callejón: "[...] o Tribunal de Justiça, ante a ausência de um pleno contexto constitucional, tem que realizar uma função constituinte própria em muitos âmbitos, ao ponto de ter sido o próprio Tribunal de Justiça a estabelecer os princípios fundamentais de articulação do ordenamento comunitário europeu e da sua relação com os ordenamentos nacionais (como é o caso do princípio do primado). Um exemplo paradigmático dessa função constituinte é a matéria dos Direitos Fundamentais, âmbito no qual o Tribunal de Justiça desenvolveu essa função constituinte incorporando direitos no ordenamento, essencialmente através do recurso a elementos externos ao próprio ordenamento comunitário (tradições constitucionais comuns dos Estados-Membros ou CEDH)." (In: CALLEJÓN, Francisco Balaguer. **As relações entre o Tribunal de Justiça da UE e os Tribunais Constitucionais dos Estados-Membros.** DIREITOS FUNDAMENTAIS & JUSTIÇA Nº 13 – OUT./DEZ. 2010, p.16.) Disponível em: http://www.dfj.inf.br/Arquivos/PDF_Livre/13_Dout_Estrangeira_1.pdf

[20] PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito Internacional Público e Privado**. 5. ed. Editora Juspodivm, 2013, p.1.055.

[21] Precedente: "Acórdão Costa/ANEL (In: DO AMARAL, Diogo Freitas; PIÇARRA, Nuno. **O Tratado de Lisboa e o princípio do primado do direito da União Europeia.** Revista Mestrado em Direito. Osasco, ano 9, n. 1, p.190).

[22] DO AMARAL, Diogo Freitas; PIÇARRA, Nuno. **O Tratado de Lisboa e o princípio do primado do direito da União Europeia.** Revista Mestrado em Direito. Osasco, ano 9, n. 1, p. 187-222.

se afastar o regramento interno e aplicar a legislação comunitária, a qual, repise-se, possui precedência sobre as demais.[23]

Entretanto, esse critério não é absoluto. Isto porque há uma corrente doutrinária que defende a prevalência da norma interna quando a aplicação do ordenamento jurídico europeu impuser o afastamento de um princípio fundamental estruturante da Constituição estatal, posicionado este sufragado pelos países da Alemanha e Itália. É o que se denomina de doutrina dos "contralimites".[24]

A fim de demonstrar a incidência do princípio da primazia na seara laboral e securitária, faz-se oportuno elencar o posicionamento do TJ em alguns julgados, a exemplo do Acórdão C-20/12, acerca da legislação Luxemburguesa sobre a concessão de auxílio financeiro exclusivamente para estudantes de nível superior residentes no país.[25]

Após submetida a questão ao Tribunal de Justiça europeu, o mesmo entendeu que a norma atacada, sob o pretexto de impulsionar o desenvolvimento econômico do Estado de Luxemburgo, implicava na violação ao artigo 7.°, n.° 2, do Regulamento (CEE) n.° 1612/68 do Conselho, com alteração pela Diretiva 2004/38/CE, no que diz respeito à livre circulação dos trabalhadores na comunidade europeia, sendo, por isso, desproporcional e discriminatória, razão pela qual foi afastada por aquela Corte - decisão esta propiciadora do fortalecimento de um constitucionalismo "supranacional".

---

[23] O que há é o afastamento, não se cuida de nulidade.

[24] Esta é a observação feita por Diogo Freitas do Amaral e Nuno Piçarra, segundo a qual "fica excluída a hipótese de o princípio do primado, tal como o configura o TJ, impor ao juiz nacional a aplicação de uma norma de direito da UE que implique o afastamento de princípios materialmente estruturantes da ordem constitucional do respectivo Estado-Membro. Na verdade, por força do princípio da congruência, plasmado no art. 6., n.s 1 e 2, do TUE, uma tal norma seria desde logo contrária ao higber law da própria União e por conseguinte anulável pelo TJ. Nesta perspectiva, o que legitima, em última análise, o primado do direito da UE sobre o direito dos Estados-Membros é a compatibilidade sistêmica no plano daqueles princípios fundamentais." (In: DO AMARAL, Diogo Freitas; PIÇARRA, Nuno. **O Tratado de Lisboa e o princípio do primado do direito da União Europeia.** Revista Mestrado em Direito. Osasco, ano 9, n. 1, p.201.

[25] ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Quinta Secção) - Processo C-20/12.

Um outro exemplo de aplicação do princípio da primazia refere-se à decisão do Tribunal de Justiça europeu no Acórdão C-544/11, o qual entendeu pela incompatibilidade da norma nacional com art. 45 do Tradado de Funcionamento da União (TFUE), já que a primeira concedia isenção de impostos (sobre vencimentos de trabalhadores) exclusivamente a empresas residentes no país,[26] - medida esta tida por discriminatória para aquela Corte.[27] Observa-se nesses dois julgados que a regra interna é contrária ao princípio da livre circulação e não discriminação (art. 45 da TFUE).

Entretanto, respeitando a competência dos Estados em questões relacionadas à assistência social, o mesmo TJ entendeu possível a legislação interna prever a recusa à concessão de auxílio-desemprego a trabalhadores fronteiriços, mesmo que lá tenha se dado seu último vínculo empregatício, em virtude de o mesmo não residir em seu território. Nessa assentada, o Tribunal de Justiça posicionou-se pela prevalência da lei do Estado-membro, pois não haveria o impedimento da inserção do trabalhador desempregado no mercado de trabalho daquele país, mas somente a proibição de concessão do mencionado benefício, cuja regulamentação encontra-se a cardo do Estado respectivo (C-443/11).[28]

Para chegar a tal conclusão, o TJ entendeu que não há violação ao art. 45 do TFUE a recusa nacional de fornecimento de subsídios para desempregados

---

[26] Com efeito, assim vaticina o art. 45 do TFUE: 1. A livre circulação dos trabalhadores fica assegurada na União. 2. A livre circulação dos trabalhadores implica a abolição de toda e qualquer discriminação em razão da nacionalidade, entre os trabalhadores dos Estados-Membros, no que diz respeito ao emprego, à remuneração e demais condições de trabalho. 3. A livre circulação dos trabalhadores compreende, sem prejuízo das limitações justificadas por razões de ordem pública, segurança pública e saúde pública, o direito de: a) Responder a ofertas de emprego efectivamente feitas; b) Deslocar-se livremente, para o efeito, no território dos Estados-Membros; c) Residir num dos Estados-Membros a fim de nele exercer uma actividade laboral, em conformidade com as disposições legislativas, regulamentares e administrativas que regem o emprego dos trabalhadores nacionais; d) Permanecer no território de um Estado-Membro depois de nele ter exercido uma actividade laboral, nas condições que serão objecto de regulamentos a estabelecer pela Comissão. 4. **O disposto no presente artigo não é aplicável aos empregos na administração pública.**

[27] ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Primeira Secção) p Processo C-544/11.

[28] ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Terceira Secção) - C-443/11.

fronteiriços, já que não ofende a livre circulação de trabalhadores, o qual pode, inclusive, pleitear o referido benefício perante o seu país de residência. Veja-se que o juízo aqui foi pela compatibilidade - propiciador de uma integração jurídica e cultural na seara juslaboral.

Portanto, o princípio da primazia nem sempre é confrontado, permitindo-se a prevalência da legislação interna em casos específicos, quando a norma nacional for estruturante do próprio constitucionalismo estatal.

Nessa linha, a imposição de limites também é defensável quando a legislação constitucional nacional trouxer um direito incisivamente mais eficaz aos princípios fundamentais em comparação com aqueles previstos no ordenamento comunitário, na medida em que o Direito Constitucional Europeu não é formado apenas pelas normas da UE, mas também pelo ordenamento constitucional de cada país que o integra, existindo um movimento constante de troca com o fito de propiciar o crescimento dessa disciplina.[29]

Nesse sentido, corroborando o papel protetivo das normas concernentes ao trabalho e seguridade social, após submissão da controvérsia pela Cour de Cassation (França) ao Tribunal europeu, sedimentou-se no Acórdão C-282/2010[30] a possibilidade de a legislação nacional, nos casos de afastamento do trabalhador por motivo de doença, estabelecer um período de férias anuais superior àquele fixado pela Diretiva n. 2003/88, desde que respeitado o tempo mínimo ali previsto.

Não foi outro o resultado do julgamento do processo C-62/11[31], em que se discutia o pleito de um nacional e trabalhador alemão a perceber prestação parental prevista no Código da Seguridade Social daquele país (BEEG), oportunidade em que o Tribunal de Justiça europeu sufragou entendimento no sentido de que a

---

[29] CALLEJÓN, Francisco Balaguer (Coordinador). **Manual de Derecho Constitucional.** V. I. Quinta Edición. Tecnos (Grupo Anaya, S.A), 2010, p.197.

[30] ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Grande Secção) - C-282/10.

[31] ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Grande Secção) - C-62/11.

norma da União não impede a prestação do benefício postulado pelo seu nacional - favorecendo, assim, a legislação interna.

A celeuma se deu em decorrência de o trabalhador, uma vez vinculado ao Banco Central Europeu, permanecer excluído do arcabouço normativo nacional quanto à regência de sua relação de emprego, conforme determina o art. 36.°, n.° 1, do protocolo relativo aos Estatutos do SEBC e do BCE. Ocorre que o Tribunal de Justiça acolheu a tese de que a norma supranacional não impede a Republica Federativa da Alemanha a conceder outros benefícios além daqueles previstos no Estatuto do BCE, mesmo porque não houve qualquer intuito excludente deste último.

E nesse sentido tem se posicionado o Tribunal de Justiça da União Europeia[32], razão pela qual o princípio do primado nem sempre é suscitado ou confrontado, permitindo-se, destarte, um diálogo entre a legislação interna e a norma supranacional. E aqui faz-se oportuna a observação segundo a qual: *"Uma norma somente pode ser uma restrição a um direito fundamental se ela for compatível com a Constituição."*[33]Nessa linha, estando a norma nacional em compasso com o conteúdo principiológico da Comunidade Europeia, não há motivo para ser afastada.

Constata-se, destarte, que havendo omissão legislativa da matéria na seara comunitária, a norma interna será confrontada com o núcleo dos Direitos Fundamentais Sociais, ocasião na qual, inexistindo afronta a qualquer dos princípios fundamentais de proteção aos direitos sociais, como o princípio da livre circulação de trabalhadores, não discriminação, necessidade de observância de condições dignas de trabalho, liberdade de contratar e proteção ao meio ambiente laboral, prevalecerá a norma interna mais protetiva.

---

[32] Um exemplo interessante diz respeito à decisão prolatada no Acórdão C-411/05, quando o TJ firmou o entendimento de que não se opõe a determinada norma interna que considere válida convenções e acordos coletivos que tragam como condição para a reforma de trabalhadores e concessão de pensão no regime contributivo a exigência de idade limite, desde que atenda à política de emprego e não possua caráter discriminatório.

[33] ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. Editora Malheiros. 2012, p. 281. Traduzido por Virgílio Afonso da Silva.

## 5. CONCLUSÕES

Portanto, a exegese extraída pelo Tribunal de Justiça europeu sobre a aplicação e extensão do Tratado de Funcionamento da União Europeia (TFUE), Carta de Direitos Fundamentais e respectivas Diretivas - instrumentos salutares contra o aviltamento da força de trabalho -, encontra-se voltada à tutela do labor humano, repugnando-se, por conseguinte, condutas discriminatórias e restritivas de emprego e da livre circulação de trabalhadores na comunidade europeia.

Outrossim, em matéria de mercado de trabalho, a adoção de medidas sociais, tanto protetivas como flexibilizatórias, não surtem o efeito desejado quando alavancadas de maneira isolada, trazendo desequilíbrios e enfraquecimento ao constitucionalismo europeu, ainda mais no atual estágio vivenciado pela União, em que a globalização refuta qualquer tentativa nesse sentido.

Entretanto, tal fato não obsta a instituição de tratamento distinto a determinado grupo ou localidade, **a)** desde que o discrímen se justifique - numa perspectiva substancial do princípio da igualdade -, **b)** bem como seja devidamente debatido e decidido pela União Europeia, com a participação dos parceiros sociais, ou ainda deferida a exegese normativa adequada pelo Tribunal de Justiça.

Nessa esteira, por realçar um preceito fundamental de maneira mais eficiente - desiderato este também do Direito Constitucional Europeu -, deve-se privilegiar a norma mais protetiva ao labor humano nos casos de aparente incongruência entre o direito supranacional e a respectiva legislação nacional ou omissão normativa da primeira.

Desta feita, não deve haver a extirpação ou bloqueio da legislação interna mais benéfica quando essa se demonstrar consentânea com os fins sociais propugnados pela União ou tiver por finalidade atender a política de emprego de determinado Estado-membro (princípio da subsidiariedade), uma vez ausente regramento supranacional específico, na medida em que também faz parte do papel do constitucionalismo europeu a proteção aos direitos fundamentais relacionados ao trabalho humano.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. Editora Malheiros. 2012. Traduzido por Virgílio Afonso da Silva.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho.** 2. ed. São Paulo: LTr, 2006.

BATISTA, Francisco J; VILLAVERDE, Ignacio; REQUEJO, Paloma; PRESNO, Miguel Angel; ALÁEZ, Benito; SARASOLA, Ignacio F. **Teoría General de los Derechos Fundamentales en la Constitución Española de 1978.** Editorial Tecnos (Grupo Anaya, S.A), 2012.

CALLEJÓN, Francisco Balaguer (Coordinador). **Manual de Derecho Constitucional.** V. I. Quinta Edición. Tecnos (Grupo Anaya, S.A), 2010.

CALLEJÓN, Francisco Balaguer. **As relações entre o Tribunal de Justiça da UE e os Tribunais Constitucionais dos Estados-Membros**. DIREITOS FUNDAMENTAIS & JUSTIÇA Nº 13 – OUT./DEZ. 2010, p.16.) Disponível em: http://www.dfj.inf.br/Arquivos/PDF_Livre/13_Dout_Estrangeira_1.pdf

CHIEFFI, Lorenzo. **A Dimensão Estatal entre Integração Europeia e Desarticulação do Sistema das Autonomias.** (Texto traduzido pelo Prof. Dr. Erik Frederico Gramstrup). Revista Brasileira de Direito Constitucional. n. 5, jan/jun, 2005.

COMISSÃO EUROPEIA. **Relações Laborais na Europa 2012 - Resumo**. Luxemburgo: Serviços das Publicações da União Europeia. 2012.

DO AMARAL, Diogo Freitas; PIÇARRA, Nuno. **O Tratado de Lisboa e o princípio do primado do direito da União Europeia.** Revista Mestrado em Direito. Osasco, ano 9, n. 1.

GALANTINO, Luisa. **Direito ao Trabalho e Direito do Trabalho no Modelo Comunitário**. (In: Mannrich, Nelson (Coordenador). Reforma do mercado de trabalho: a experiência italiana. São Paulo: LTr, 2010.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Globalização, Neoliberalismo e Direito no Brasil.** Londrina. Ed. Humanidades, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**. 4. ed. Saraiva, 2012.

PEDUZZI, Maria Cristina Irigoyen. **Globalização, integração de mercados, repercussões sociais:** perspectivas do Direito do Trabalho no Brasil. Revista do TST, Brasília, v. 69, n. 1, jan/jun, 2003.

PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito Internacional Público e Privado**. 5. ed. Editora Juspodivm, 2013.

RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 1979.

SOUZA, Otávio Augusto Reis de. **Nova teoria geral do Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2005.

SÜSSEKIND, Arnaldo, et. al. **Instituições de Direito do Trabalho**. v.I. 22. ed. São Paulo: LTr, 2005.

**Europa**.eu/index_pt.htm

XIMENES, Júlia Maurmann. **A judicialização da política e a democracia – o papel do campo jurídico.** RIDB, Ano 1 (2012), nº 11.

# A CARTA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA UNIÃO EUROPEIA

**Flávia Pollyana Dias Siqueira**[34]

## INTRODUÇÃO

Ao integrar a dimensão dos direitos fundamentais na nova legislação da União Europeia, à Carta dos Direitos Fundamentais tornou-se uma espécie de bússola da União Europeia. Inferimos nesse trabalho a importância da Carta dos Direitos Fundamentais como ferramenta primordial para UE sair da crise, levando-se em conta a reconquista isso é, a confiança dos que vivem na UE. Esse documento; (A Carta)[35] traz uma nova perspectiva no processo de integração.

A legislação da União deve respeitar de forma exemplar à CDFUE como instrumento de integração dos direitos fundamentais e devido o seu caráter constitucional são razões imprescindíveis para que os políticos membros da UE se comprometam na sua real efetivação.

Este artigo se diferencia pela preocupação de demonstrar uma mudança do sistema europeu de direitos . A Comissão Europeia, comprometeu-se a elaborar relatórios anuais e se preocupa em informar o cidadãos sobre a aplicação da Carta.

---

[3434] Mestranda em Direito Constitucional da Escola de Direito de Brasília-EDB/IDP.

E-mail:flaviapollyana@me.com

[35] por uma questão de simplicidade, utilizaremos a designação de *Carta* .

Conforme relatório Eurobarómetro[36], 2/3 dos inquiridos estão interessados em conhecer os direitos consagrados na Carta isso é, 66%.

Devido a esse interesse,citaremos a decisão Tribunal de Justiça da União Europeia do Acórdão no processo C-236/09, como paradigmática no qual o Tribunal precisou que para aplicar o direito fundamental da igualdade entre homens e mulheres o legislador da União deve fazê-lo de modo coerente. A diretiva submetida à apreciação do Tribunal de Justiça prevê a igualdade entre homens e mulheres no domínio da prestação de serviços e o Tribunal considerou que tinha ocorrido violação deste direito fundamental com a introdução, pelo Conselho de Ministros, de uma cláusula na diretiva, que permite aos Estados-Membros não aplicarem o direito fundamental da igualdade no que se refere aos prêmios de seguro.

Quem tiver acesso à pesquisa em epígrafe aprofundará o conhecimento, pois a pretensão deste artigo é que vislumbrando o respeito aos direitos fundamentais ,aprofundar a importância da Carta o que ela representa para UE seus passos de efetivação de garantias nela inseridos como instrumento de retomada da credibilidade nas instituições e sem sombra de dúvida dentro de um contexto internacional demonstra sinais de constitucionalização de uma comunidade forte e preparando-se para superar todos os desafios.

A escolha por este tema deve-se à identificação com o assunto proposto, sobretudo quanto aos Direitos Fundamentais e também o novo Direito Fundamental da União Europeia.

Há valor deste assunto para a sociedade pois os juízes terão que questionar-se acerca do alcance da cláusula de garantia do conteúdo dos Direitos Fundamentais contida no 52, n.1 da Carta.

> Qualquer restrição ao exercício dos direitos e liberdades reconhecidos pela presente Carta deve ser prevista por lei e respeitar o conteúdo essencial desses direitos e liberdades. Na observância do princípio da proporcionalidade, essas restrições só podem ser

---

[36] Eurobarómetro Flash n.º 340 — *A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia*, disponível em: http://ec.europa.eu/ public_opinion/archives/flash_arch_344_330_en.htm#340

> introduzidas se forem necessárias e corresponderem efetivamente a objetivos de interesse geral reconhecidos pela União, ou à necessidade de proteção dos direitos e liberdades de terceiros.

Pretende-se responder à indagação problemática: Será que os problemas atuais da União política Europeia podem ser resolvidos com a efetivação da Carta dos Direitos fundamentais?

Podemos destacar que a Carta é hoje uma realidade inserida no espaço jurídico da Comunidade Europeia com respeito ao princípio da subsidiariedade, não podendo de modo algum alargar as competências e as funções conferidas pelos tratados. Esse caráter constitucional que a Carta apresenta, contribui para otimização das relações entre os Estados-Membros e vislumbra discussões para gerir futuros problemas e encontrar uma melhor solução dos já existentes dentro de uma sociedade dinâmica.

## 1 CONVENÇÃO DE DIREITOS HUMANOS E A CARTA DE DIREITOS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS DA UNIÃO EUROPEIA

A Convenção Europeia de Direitos Humanos não deve ser confundida com a Carta de Direitos Fundamentas da União Europeia (CIG)[37] elaborada em 7 de dezembro de 2000. A Carta inspirou-se na CEDH, no que diz respeito aos direitos civis e políticos, nos próprios Tratados, em matéria dos direitos do cidadão e na Carta Comunitária de Direitos Sociais e fundamentais dos Trabalhadores de 1989 e na Carta Social Europeia de 1961, em relação aos direitos sociais e revista em 3 de maio de 1996.

---

[37] Conferência Intergovernamental, na qual foi aprovado o Tratado de Nice, decorreu uma convenção, com a missão de negociar e aprovar uma carta de Direitos Fundamentais para a União Europeia.

Esses documentos não devem ser confundidos, pois integram diferentes estruturas, possuem conteúdos não coincidentes e têm sua aplicação fiscalizada por Tribunais diversos.

A Convenção foi elaborada pelo conselho da Europa, A Carta pela União Europeia; a Convenção prevê basicamente direitos civis e políticos, a Carta prevê ainda direitos sociais difusos; a aplicação da Convenção é fiscalizada pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos, a da Carta pelo Tribunal da União Europeia, que é o Tribunal de justiça Europeu.

**CARTA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA UE**

Em que circunstâncias se aplica e a que instâncias recorrer em caso de violação?

A CARTA NÃO É APLICÁVEL - VIOLAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS PELOS ESTADOS- MEMBROS - Os direitos fundamentais são garantidos pelos sistemas constitucionais nacionais e pelas obrigações decorrentes da Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Quando as questões relativas aos direitos fundamentais não implicarem a aplicação da legislação da UE, a Carta não é aplicável. Do TRIBUNAL NACIONAL e remetido para O TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM ESTRASBURGO.

A CARTA É APLICÁVEL – VIOLAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS PELOS ESTADOS- -MEMBROS - (Quando as questões relativas aos direitos fundamentais implicarem a aplicação da legislação da UE, a Carta é aplicável. Por exemplo; uma autoridade nacional aplica um regulamento da UE - TRIBUNAL NACIONAL (PEDIDO DE APRECIAÇÃO APRESENTADO POR UM TRIBUNAL NACIONAL) –Remetido para COMISSÃO EUROPEIA(processo refratário)- TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA LUXEMBURGO.

## 2 TRATADO DE LISBOA E A CARTA

A convocação de uma convenção com a missão de negociar e aprovar uma carta de direitos fundamentais para a União Europeia, surge na sequência de uma decisão do Conselho Europeu de Polônia, de 3 e 4 de Junho de 1999, tendo alguns meses mais tarde, o Conselho Europeu de Tampere, de 15 e 16 de Outubro de 1999, optado por criar um grupo, com representação das várias bases de legitimidade política que deveria apresentar as suas conclusões ao Conselho Europeu. Esse grupo se autodenominou Convenção.

A CDFUE foi solenemente proclamada pela Comissão, pelo Parlamento Europeu e pelo Conselho e politicamente aprovada pelos Estados-Membros, no Conselho Europeu de Nice, em 7 de Dezembro de 2000 e com as adaptações que lhe foram introduzidas em 2007, e que tem o mesmo valor jurídico que os tratados.

Um dos principais objetivos da convenção que elaborou a Carta terá sido conferir-lhe caráter vinculativo, através da sua inserção no TUE. Porém, cedo se verificou a ausência do consenso necessário neste sentido.

Daí que o Tratado de Nice tenha incluído uma declaração, na qual se previa a convocação de uma CIG para 2004, com o objetivo de se debruçar, entre outras questões, sobre o estatuto jurídico da CDFUE.

Até à recente entrada em vigor do TL, a CDFUE não tinha força jurídica vinculativa, o que não impediu que as suas normas tivessem sido invocadas por certos atores institucionais, tais como a Comissão.

O artigo 6 do TUE, estatui o seguinte: A União reconhece os direitos, as liberdades e os princípios enunciados na Carta do Direitos Fundamentais da União Europeia, de 7 de dezembro de 2007, em Estrasburgo, e que tem o mesmo valor jurídico que os Tratados.

Peter Häberle relatata que o Tratado de Lisboa marca um novo quadro de crescimento constitucional, apesar das duas deficiências.[38]

A Carta foi inserida dentro de um espaço multicultural de diversidade étnicas e linguística de mais de 400 milhões de pessoas. Mas,temos que pensar em um sistema integrado e com grandes expectativas.

---

[38] Peter Häberle ( El tratado de Reforma de Lisboa de 2007,ReDCE, n.9,p11-22,jan./jun.2008).

Cabe à Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, suprir essas expectativas e efetivar os direitos e principalmente a reconquista da confiança dos cidadãos Europeus.

O professor Francisco Balaguer Callejón, sintetiza bem essa ideia:

> Desde a entrada em vigor da Carta está a semente da constitucionalização definitiva da União Europeia. A Carta estabelecerá um vínculo direto entre as instituições europeias e os cidadãos, reforçando a confirmação de um status jurídico próprio da cidadania europeia e contribuindo para a configuração de uma específica identidade constitucional europeia.[39]

Sendo assim, elimina qualquer dúvida da característica e força vinculante dessa Carta e o que representa para UE, em vários campos de discussões como na área de políticas públicas e decisões do Tribunal de justiça.

## 3 A CARTA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA UNIÃO EUROPEIA E O PROCESSO DE INTEGRAÇÃO

Inicialmente iremos abordar a situação a nível da UE, onde os efeitos positivos da Carta são hoje bem visíveis. Tudo começou em maio de 2010, quando os membros da nova Comissão Europeia – a primeira que tomou posse após a entrada em vigor do Tratado de Lisboa e da Carta – se deslocaram ao Luxemburgo para se comprometerem solenemente a respeitar os Tratados da UE perante o Tribunal de Justiça, como é prática comum. Daquela vez, porém, algo de diferente aconteceu. Os 27 membros do Colégio juraram solenemente respeitar não só os

---

[39] Callejón,Francisco Balaguer- MANUAL DE DERECHO CONSTITUCIONAL-VOLUME 1,Séptima Edición-Septiembre de 2012.Pag.9

Tratados como a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia[40]. Mais do que um gesto simbólico, o que aquele ato significou foi um forte compromisso político assumido por todo o Colégio no sentido de garantir que a Carta seja respeitada por todas as políticas da União pelas quais a Comissão é responsável.

A grande etapa seguinte foi a adoção, em 19 de outubro de 2010, da Estratégia da Comissão para a aplicação efetiva da Carta dos Direitos Fundamentais pela União Europeia, estratégia essa que permitiu à Comissão concretizar na prática o juramento solene. Atualmente, as propostas da Comissão já não são só examinadas à luz dos seus efeitos econômicos e sociais; é também atentamente analisada a forma como os direitos fundamentais são tidos em conta. Para estruturar esta avaliação e garantir que os funcionários das várias Direções-Gerais da Comissão desenvolvam uma nova cultura dos direitos fundamentais, a estratégia da Comissão prevê uma «lista de controlo» dos direitos fundamentais. Esta lista baseia-se na jurisprudência do Tribunal de Justiça e é uma ajuda para todos os especialistas envolvidos na elaboração da legislação da UE, para que realizem o seu trabalho no estrito respeito dos direitos fundamentais.

Para essa construção podemos citar uma das várias decisões importantes do Tribunal de Justiça da União Europeia. Uma delas foi o acórdão[41] , no qual o Tribunal precisou que para aplicar o direito fundamental da igualdade entre homens e mulheres o legislador da União deve fazê-lo de modo coerente. A diretiva submetida à apreciação do Tribunal de Justiça prevê a igualdade entre homens e mulheres no domínio da prestação de serviços e o Tribunal considerou que tinha ocorrido violação deste direito fundamental com a introdução, pelo Conselho de Ministros, de uma cláusula na diretiva, que permite aos Estados-Membros não aplicarem o direito fundamental da igualdade no que se refere aos prêmios de seguro. Clemens Ladenburger extrai a sua conclusão do referido acórdão no

---

[40] Extrato da declaração solene: «Comprometo-me solenemente a respeitar os Tratados e a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia no desempenho de todas as minhas funções» (Para texto na íntegra ver IP/10/487)

[41] Acórdão no processo C-236/09.

relatório que apresentou hoje: “O Tribunal será menos tolerante com compromissos políticos inábeis expressos em normas legislativas contraditórias”.[42]

No Acórdão no processo C-236/09, o Tribunal de Justiça deixou absolutamente claro não só que a Carta dos Direitos Fundamentais é juridicamente vinculativa para a UE, mas também que a União dispõe de um tribunal constitucional decidido, se necessário, aplicará a Carta de forma muito clara – um tribunal que não hesitará em declarar nula e sem efeito a legislação da UE que viole a Carta.

Um ponto importante a ser abordado e a razão de ser da Carta que remonta às duas primeiras décadas do direito da UE. Nenhum direito fundamental foi consagrado nos Tratados de Paris e de Roma. Não obstante, as jovens instituições comunitárias começaram a aprovar decisões, regulamentos e diretivas destinadas a prevalecer sobre os ordenamentos nacionais no seu conjunto, incluindo sobre o direito constitucional e os direitos fundamentais consagrados nas constituições dos Estados-Membros. Os operadores econômicos que não concordavam com as decisões das instâncias supranacionais em Bruxelas começaram rapidamente a recorrer aos tribunais nacionais, alegando o seguinte: no meu país, os meus direitos fundamentais de propriedade e de livre exercício de uma atividade têm valor constitucional e não podem ser alterados, nem sequer pelos legisladores. “Mas eis-nos agora perante as instituições de Bruxelas, que têm a faculdade de, pura e simplesmente, ignorar os meus direitos fundamentais.”

Os primeiros tribunais a pronunciarem-se sobre estas questões foram os tribunais constitucional alemão e italiano que, em vários acórdãos punham em causa o princípio do primado do direito comunitário, que é, ainda hoje, o mais importante princípio jurídico para garantir o bom funcionamento da nossa União. O seu argumento era resumidamente o seguinte: enquanto o direito europeu não proteger os direitos fundamentais dos nossos cidadãos de uma forma equivalente à dos

---

[42] Discurso de Wolfgang Schäuble MdB em Aachen: http://www.wolfgang-schaeuble.de/index.php?id=30&textid=1524&page=1; ver também apelo no die ZEIT «Wir sind Europa - Manifest zur Neugründung der EU von unten», 3 de maio 2012: http://www.zeit.de/2012/19/Europa-Manifest/seite-1, e no The Guardian «Let's create a bottom-up Europe», 3 de maio 2012: http://www.guardian.co.uk/commentisfree/2012/may/03/bottom-up-europe.

nossos direitos fundamentais nacionais, reservamo-nos o direito de anular as normas europeias incompatíveis com as nossas constituições nacionais.[43]

O Tribunal de Justiça em Luxemburgo respondeu rapidamente a este repto. A fim de colmatar as lacunas nos Tratados, o Tribunal desenvolveu os direitos fundamentais como princípios gerais não escritos do direito comunitário, inspirando-se nas tradições constitucionais dos Estados-Membros e na Convenção Europeia dos Direitos do Homem. E foi assim que, um após outro, os direitos fundamentais foram sendo integrados na ordem jurídica das Comunidades Europeias. A Carta dos Direitos Fundamentais, redigida em 2000 e atualizada em 2007, reafirmou e codificou numa versão moderna a jurisprudência do Tribunal de Justiça em matéria de direitos fundamentais.

O que esta história nos ensina é que a razão de ser inicial dos direitos fundamentais desenvolvidos a nível europeu não era aplicá-los às ações das autoridades nacionais. O que sim estava em causa era garantir que as jovens instituições europeias respeitassem os direitos fundamentais do mesmo modo que as instituições nacionais os respeitavam a nível nacional. E foi assim que foram criados os direitos fundamentais da UE, em primeiro lugar para travar os novos poderes supranacionais das instituições europeias. A intenção era completar os direitos fundamentais nacionais e não substituí-los.

O âmbito de aplicação da Carta foi, por conseguinte, deliberadamente limitado. O artigo 51.º, n.º 1, da Carta afirma explicitamente na primeira frase: “As disposições da presente Carta têm por destinatários as instituições, órgãos e organismos da União, na observância do princípio da subsidiariedade”. O que é lógico, se atendermos aos antecedentes históricos. Os primeiros e principais destinatários da Carta são as próprias instituições da União, na medida em que não

---

[43] Ver o acórdão Solange I do Tribunal Constitucional alemão, BVerfGE 37, 271: „Solange der Integrationsprozess der Gemeinschaft nicht so weit fortgeschritten ist, dass das Gemeinschaftsrecht auch einen von einem Parlament beschlossenen und in Geltung stehenden formulierten Grundrechtskatalog enthält, der dem Grundrechtskatalog des Grundgesetzes adäquat ist, ist nach Einholung der in Art. 234 EG geforderten Entscheidung des EuGH die Vorlage eines Gerichtes der Bundesrepublik Deutschland an das BVerfG im Normenkontrollverfahren zulässig und geboten, wenn das Gericht die für es entscheidungserhebliche Vorschrift des Gemeinschaftsrechts in der vom EuGH gegebenen Auslegung für unanwendbar hält, weil und soweit sie mit einem der Grundrechte des Grundgesetzes kollidiert.

se encontram vinculadas pelas legislações nacionais em matéria de direitos fundamentais.

O artigo 51.º, n.º 1, da Carta afirma ainda: “[A Carta aplica-se] aos Estados-Membros, apenas quando apliquem o direito da União.” Esta formulação é muito restritiva. Os Estados-Membros apenas estão vinculados pela Carta quando atuam por conta da União, por exemplo, quando executam uma decisão da UE, quando aplicam um regulamento da UE a nível nacional ou quando implementam uma diretiva da UE. Quando os Estados-Membros agem por sua própria iniciativa, não há necessidade de os vincular à Carta, na medida em que, neste caso, é a legislação nacional em matéria de direitos fundamentais que prevalece.

Independentemente de se optar por uma interpretação mais ampla ou mais restritiva do artigo 51.º, o princípio permanece intacto: a Carta aplica-se, antes de mais, às instituições da UE e às suas ações. Não substitui as constituições nacionais; apenas as complementa. Os cidadãos têm, portanto, de se habituar a conviver com um sistema de proteção dos direitos fundamentais que funciona a dois níveis: o sistema nacional de direitos fundamentais, que normalmente os protege, e a Carta dos Direitos Fundamentais da UE, que é acionada unicamente quando está em causa uma ação de uma instituição da União Europeia. Por ora, não vou falar da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, que poderia ser considerada como um terceiro nível neste sistema de proteção, uma vez esgotadas as vias de recurso de um dos dois outros sistemas.

A Carta só entrou em vigor há pouco mai de três anos! Temos de lhe dar tempo para que se desenvolva e não podemos esquecer o contexto específico da União Europeia – historicamente, os direitos fundamentais evoluíram primeiro a nível nacional e só recentemente a nível da UE.

Existem outros desenvolvimentos promissores na UE que poderão contribuir para que a situação evolua. A exemplo do acórdão do Tribunal Constitucional austríaco de 14 de março deste ano, que declarou a Carta dos Direitos Fundamentais como fazendo parte integrante do ordenamento constitucional austríaco, como já acontecia com a Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Esta decisão do Tribunal Constitucional austríaco é muito positiva. Para os cidadãos austríacos esta jurisprudência significa que, nos casos relacionados com a UE,

podem invocar diretamente a Carta no âmbito da ordem constitucional austríaca. O Tribunal Constitucional austríaco precisou, simultaneamente, que submeteria todas as questões pertinentes relacionadas com a Carta ao Tribunal de Justiça no Luxemburgo ao abrigo do processo de reenvio prejudicial. Espero que este «modelo austríaco de incorporação da Carta» venha a ser adotado por outros tribunais constitucionais, na medida em que favorece uma aplicação eficaz e descentralizada da Carta nas ordens constitucionais nacionais. A Europa e os seus cidadãos só têm a beneficiar com isto.

E uma União que esteja ao serviço dos seus cidadãos e coloque os direitos fundamentais dos cidadãos ainda mais no centro de todas as suas atividades.

## CONCLUSÃO

Através do estudo feito sobre a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia que a mesma vem ajudando os cidadãos da UE a efetivar seus direitos fundamentais.Esta contribuindo para a retomada da confiança dos cidadãos e com reflexos internacionais para que a Europa volte a ser atrativa para investimentos e supere a crise econômica.A Carta é uma ferramenta dentro desse longo processo e que merece debates, estudos, para funcionar e se consolidar dentro desse espaço de várias perspectivas.

Recomenda-se a continuação exemplar dos trabalhos realizados pela Comissão Europeia - (Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comitê Econômico e Social Europeu e ao Comitê das Regiões) sobre a aplicação da Carta que apresenta relatório anual com apontamentos, dados e progressos alcançados.Fonte essencial para análise da realidade da UE e planejamento de Políticas Públicas.

Devido as constantes mudanças e diversidade de agentes a continuação do estudo se faz necessária, o assunto é complexo e não se exaure no simples levantamento do problema proposto.

Podemos destacar que a Carta é hoje uma realidade inserida no espaço jurídico da Comunidade Europeia com respeito ao princípio da subsidiariedade, não podendo de modo algum alargar as competências e as funções conferidas pelos tratados. Esse caráter constitucional que a Carta apresenta, contribui para otimização das relações entre os Estados-Membros e vislumbra discussões para gerir futuros problemas e encontrar uma melhor solução dos já existentes dentro de uma sociedade dinâmica.

Através da abordagem da diferenciação da Convenção de Direitos Humanos e a Carta, as circunstâncias que a mesma é utilizada. O caráter vinculativo da Carta através de sua inserção no TUE. Os efeitos visíveis da Carta, e o caso paradigmático de que o Tribunal de Justiça previu à igualdade entre homens e mulheres no domínio de prestação de serviços, considerando que tinha ocorrido violação de direito fundamental da igualdade aplicando no caso concreto a Carta.

## BIBLIOGRAFIA

BALAGUER, Francisco Callejón – Manual de Derecho Constitucional-Volumen I, Séptima Edición-Septiembre, Editorial Tecnos (Grupo Anaya S.A), 2012.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional* – Sociedade Aberta *dos Intérpretes da Constituição: Contribuição* para *a Interpretação* Pluralista *e "Procedimental" da Constituição.* Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2ª ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2008.

Revista Oficial do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Constitucional da Escola de Direito de Brasília-EDB/IDP, Porto Alegre: Síntese; Brasília: Instituto de Direito Público, 35-set-out/2010 - v.1, n.1.

Disponível em <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/euro/direito_carta_direitos_fundamentais.pdf>acessado em 30/08/2013 às 21:15 h.

Disponível em <http://www.igfse.pt/upload/docs/2013/Reldireitosfundamentais2011.pdf>acessado em 01/09/2013 às 20:00 h.

Disponível em <http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-12-403_pt.htm> acessado em 26/08/2013 às 13:56 h.

Disponível em http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52010DC0573:PT:HTML> acessado em 31/08/2013 às 15:18 h.

# A INTEGRAÇÃO SOCIAL DA UNIÃO EUROPEIA E SEUS DESAFIOS

**Maria Amélia Matos Coelho**[44]

## INTRODUÇÃO

A uniformização das políticas sociais na União Europeia tornou-se uma das principais metas deste bloco comunitário para o século 21. Para alcançá-la, empreende ações destinadas à minimizar as assimetrias locais e regionais, no intuito de assegurar o desenvolvimento humano em todos os seus Estados-membros, por meio ações de coordenação e promoção dos direitos e das políticas sociais.

Mas alcançar esse objetivo não é uma tarefa fácil.

A União Europeia é constituída por 28 Estados-membros, com características sócio- políticas próprias, economias diversificadas, culturas e ideologias completamente distintas. Dessa forma, muitos são os obstáculos para conseguir conciliar esta diversidade e coordenar de maneira eficaz as políticas sociais a serem efetivadas em toda a União Europeia.

Sem a pretensão de esgotar o assunto, o presente artigo tem por objetivo retratar o atual panorama da unificação social na União Europeia, relatando alguns dos principais problemas enfrentados.

Assim, iniciaremos com uma breve análise do papel do Estado na promoção dos direitos sociais, tendo em vista que estes direitos são eminentemente prestacionais, ou seja, "*só podem ser realizados se for imposto a outros (incluídos aqui os órgãos públicos) um certo número de obrigações positivas.*" [45]

---

[44] Mestranda em Direito Constitucional e Sociedade pelo Instituto Brasiliense de Direito Público- IDP

45 BOBBIO, Norberto. A era dos Direitos. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 41

Em seguida relataremos sucintamente, a evolução histórica dos direitos sociais na União Europeia para, então, discutir alguns dos problemas que têm impossibilitado a concretização do ideal de coesão social na Europa.

Em que pese haver uma distinção entre direitos sociais e política social no âmbito do direito comunitário europeu, utilizarei no presente artigo termo direito social significando o conjunto de direitos que oferecem condições mínimas de subsistência digna aos indivíduos.

Em face da atual “crise social” europeia, analisar questões relativas à falta de efetividade dos direitos sociais é de suma importância para que se possa enxergar novas perspectivas para o futuro.

## 1. O DEVER DO ESTADO DE PROMOVER A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS

Antes do Estado Liberal a proteção jurídica dos direitos sociais era praticamente inexistente. Os poderes de governar, legislar e julgar concentrava-se nas mão de uma única pessoa e isso impedia que as aspirações populares fossem materializadas no ordenamento jurídico.

Com o advento do Estado Liberal, inspirados nos ideais da revolução Gloriosa de 1689, da Inglaterra e na Revolução Francesa, de 1789, procurou-se limitar o poder estatal por meio da materialização em um instrumento formal de direitos garantidores da liberdade individuais. Surgem assim o constitucionalismo clássico e a proteção conferida os direitos civis e políticos – direitos classificados doutrinariamente como de primeira geração, cuja característica principal era a não intervenção do Estado no patrimônio jurídico dos membros da sociedade.

As consequências negativas do não intervencionismo estatal foram sentidas por toda a sociedade fazendo com que se aflorasse a necessidade de um maior atuação do Estado, objetivando a busca pela justiça social e a proteção a

direitos até então negligenciados. Essa nova fase do Estado, conhecida como Estado do Bem-estar Social, foi marcada pelo reconhecimento dos direitos sociais, destinados a assegurar aos indivíduos as prestações necessárias ao seu desenvolvimento digno.

Nesse contexto, "os direitos sociais representam uma mudança de paradigma no fenômeno do direito, a modificar a postura abstencionista do Estado para o enfoque prestacional, característico das obrigações de fazer que surgem com os direitos sociais." [46]

Apesar da concepção do Estado do Bem-estar Social ser a mesma em todas as partes do mundo, constata-se a existência de diversos modelos de Estado do Bem- Estar. Essa constatação repercute significadamente na forma como são conduzidas as políticas públicas destinadas à efetivação dos direitos sociais.

As mudanças históricas ocorridas no Estado ao longo dos séculos, principalmente durante a transição do Estado Liberal para o Estado do Bem-Estar Social, demonstrou ser temerária a total abstenção do Estado na vida da sociedade.

Especificamente no que diz respeito aos direitos sociais, o Estado exerce um papel relevante na sua efetivação, pois ao contrário dos direitos de liberdade, os direitos sociais, tipicamente prestacionais, dependem da atuação do Estado para que se concretizem e não fiquem apenas no plano teórico.

Considerando que os direitos sociais são direitos que exigem prestações positivas do Estado, a forma como serão custeados estes direitos assume especial relevância no âmbito de sua eficácia e efetivação.

Holmes e Sustein[47] alertam que "direitos custam dinheiro". Por conta dos custos sociais e orçamentários necessários a sua efetivação, estes autores afirmam que os direitos "têm dentes".

---

46 BUCCI, Maria Paula Dallari. O Conceito de Política Pública em Direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.) *Políticas Públicas: Reflexões sobre o conceito Jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 1-59.

47 HOLMES, STEPHEN E SUNSTEIN, CASS, *The Cost of Rights- Why Liberty Depends on Taxes*, New York and London: W. M. Norton, 1999.

O custeio dos direitos sociais está diretamente relacionado ao poder arrecadatório do Estado. Dessa forma, uma das consequências da escassez de recursos é a diminuição das prestações sociais.

Os problemas econômicos e financeiros decorrentes do processo de globalização pelos quais muitos Países passam na atualidade, resultou na necessidade de se repensar o papel do Estado na efetivação dos direitos prestacionais, com vistas à própria sustentabilidade do modelo social adotado.

Muitos ainda acreditam que o Estado do Bem-Estar Social é necessário, mas deve adotar a postura de um estado mínimo; outros que a responsabilidade pelo bem-estar da sociedade deva recair sobre as famílias e o mercado, “mientras que el alcance del Estado debe limitarse a la provisión de la seguridad coletiva frente al exterior, a la preservación del orden e de la ley (las normas que regulan la propriedad privada o los contratos, esencialmente), así como a la provisión de aqellos bienes públicos que el mercado no puede proporcionar de forma eficiente (...)”[48]

Em que pese os argumentos contra a manutenção do Estado do Bem-Estar Social, o fato é que o Estado ainda desempenha um papel imprescindível na promoção da justiça social distributiva e igualitária.

Canotilho aponta duas dimensões para os direitos sociais: uma subjetiva “inerente ao espaço existencial do cidadão” e outra objetiva que compreende a “obrigatoriedade do legislador actuar positivamente, criando as condições materiais e institucionais para o exercício destes direitos” e o “fornecimento de prestações aos cidadãos.”[49]

Dessa forma, a atividade estatal deve ir além do reconhecimento dos direitos através de proposições normativas, pois o maior problema relacionado à

---

48 PINO, Eloísa Del y Mª Josefa Rubio Lara. Los Estados de Bienestar em la Encricijada. Ed. Tecnos. Madri: 2013. p. 46

49 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional. 6." edição revista. Livraria Almedina Coimbra:1993. p. 691/692

efetividade dos direitos “não é sua falta de fundamento, mas a sua inexequibilidade.”[50]

Callejón[51], citando García Pelayo, cita os postulados da dimensão social do Estado:

> a) que és función del Estado conseguir la satisfacción generalizada de las necesidades básicas y eliminar o allanar los obstáculos que impiden le efectividad de la igualdad; b) que los ciudadanos tienen derecho a un mínimo vital, como exigencia de su dignidad, em función de sus necesidades personales y familiares, de cuya efectividad han de cuidar los poderes públicos mediante las correspondientes medidas legislativas y administrativas; c) que el Estado há de velar por las personas y grupos que transitoria o permanentemente están em situactón de inferioridad vital por causas que son ajenas a su voluntad, como la minusvalidez, la ancianidad, el desempleo, etc., y d) que también es función del Estado procurar la mejor utilización de los bienes y servicios que los ciudadanos no pueden gestionar por sí miesmos.

Conclui-se, portanto, que o Estado é o principal responsável por empreender a máxima efetividade aos direitos sociais.

## 2. OS DIREITOS SOCIAIS NO CONTEXTO DA UNIÃO EUROPEIA

A União Europeia, inicialmente denominada Comunidade Econômica Europeia, foi instituída tendo como principal objetivo o fortalecimento econômico dos países devastados pelas guerras, em especial pela Segunda Guerra Mundial.

A origem dessa união remonta à instituição da Benelux, em 1944, na qual a Bélgica, Luxemburgo e Holanda uniram-se buscando o fortalecimento econômico

---

50 BOBBIO, Norberto. A era dos Direitos. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p.43

51 CALLEJÓN, Francisco Balaguer. Manual de Derecho Constitucional. Vol I e II. 5. ed. Madri. 2010

pós-guerra, por meio da redução de taxas comerciais e criação de incentivos fiscais, com vistas à facilitação do comércio entre estes países.

Posteriormente, a criação da Comunidade Europeia do Carvão e do Aço (1950) abriu caminho para a integração econômica na Europa, cuja formalização ocorreu por meio do Tratado de Roma, que instituiu a Comunidade Econômica Europeia, em 1957.

No início da criação do referido bloco econômico não houve uma preocupação com os direitos sociais e suas respectivas políticas públicas. No Tratado de Roma não se estabeleceu uma carta de direitos sociais, pois não se vislumbrou, à época, a necessidade de se fixar competências comunitárias de cunho social. A finalidade precípua da cooperação era econômica e não social.

Acreditava-se que os diversos tratados internacionais de direitos fundamentais sociais existentes eram suficientes para proteger os cidadãos da Comunidade Econômica em formação. Contudo, a medida em que o processo de unificação econômica e política europeia avançou, verificou-se a necessidade de uma tutela específica dos direitos fundamentais e sociais, principalmente com a adesão de alguns países com índices de desenvolvimento sócio- econômico menores em relação a de outros pertencentes ao bloco.

Diversos instrumentos normativos foram elaborados no sentido de possibilitar uma maior coesão social na Europa.

A Carta Social Europeia, assinada em Turim, em 18 de Outubro de 1961 teve um papel fundamental na proteção dos direitos sociais. No entanto, foi a partir da década de 1980 que se intensificaram as ações comunitárias de política social, principalmente no que diz respeito à proteção do emprego, da saúde, da segurança e da igualdade de gênero no mercado de trabalho.

No Acto Único Europeu de 1986, estabeleceu-se as diretrizes para a coesão econômica e social dos países pertencentes à então Comunidade Econômica. Mas foi com o Tratado de Maastricht que foram definidas as orientações acerca da política social europeia, com a instituição de um protocolo social fundado nos seguintes objetivos: promoção do emprego, melhoria das condições de vida e de trabalho, proteção social eficaz, diálogo social, desenvolvimento dos recursos humanos, integração das pessoas excluídas do mercado de trabalho, entre outros.

O Tratado de Amesterdão representou um avanço essencial na evolução do processo de união social da União Europeia, tendo em vista que integrou os direitos sociais ao texto do Tratado da União Europeia e reafirmou as bases da política social, qual seja: a Carta Social Europeia de 1961 e a Carta Comunitária dos Direitos Sociais Fundamentais dos Trabalhadores de 1989.

O Tratado da União Europeia estabelece como fins a serem perseguidos pela União a promoção da paz, dos seus valores e do bem-estar dos seus povos[52].

No que diz respeito às normas legais emanadas da União, que devem ser observadas pelos Estados-membros, observada a autonomia local e regional, o Tratado da União Europeia adotou como regra geral em matéria de distribuição de competências os princípios da atribuição, da proporcionalidade e subsidiariedade.

Por conta destes princípios, a União Europeia só pode atuar na medida necessária à concretização dos objetivos determinados nos respectivos tratados (proporcionalidade). Ademais, sua intervenção política deve limitar-se as atribuições que lhes são formalmente conferidas (atribuição)[53].

O Protocolo nº 30/1997, que regulamenta a aplicação dos princípios da subsidiariedade e proporcionalidade, assim dispõe:

> 4. Em relação a qualquer proposta de texto legislativo comunitário, os motivos em que esta se baseia serão tornados expressos de modo a demonstrar que obedece aos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade; as razões que permitam concluir que um determinado objectivo da Comunidade pode ser alcançado mais adequadamente ao nível comunitário devem ser corroboradas por indicadores qualitativos e, sempre que possível, quantitativos;
> 6. A forma da acção comunitária deve ser tão simples quanto possível e coerente com o objectivo da medida e a necessidade da sua aplicação eficaz. A Comunidade legislará apenas na medida do necessário. Em igualdade de circunstâncias, deve optar-se por directivas em vez de regulamentos e por directivas-quadro em vez de medidas pormenorizadas. (...)

---

52 Tratado da União Europeia. Art. 3º

53 Tratado da União Europeia. Art. 5º

Dessa forma, na elaboração e implementação das políticas sociais, compete aos Estados-Membros a atuação legislativa primária, cabendo à União Europeia atuar de forma complementar. A legislação social comunitária, portanto, coexiste com a legislação dos Estados.

Apesar da política social na União Europeia ser executada mediante competências compartilhadas entre Estados-Membros e União Europeia, a coordenação dos sistemas sociais nacionais é efetuada por meio da legislação comunitária, do apoio financeiro dos fundos específicos, principalmente do Fundo Social Europeu, atuação do Tribunal de Justiça Europeu, adoção do Método Aberto de Coordenação como mecanismo de incentivo à cooperação entre os Estados e do diálogo social com os parceiros sociais autônomos.

## 4. OS DESAFIOS DA INTEGRAÇÃO SOCIAL EUROPEIA

Sem pretender esgotar o assunto, este tópico abordará alguns dos desafios do processo de união social na União Europeia.

A coesão social, termo utilizado para exprimir o conjunto de ações destinadas a minimizar as assimetrias regionais, através do estímulo ao "*desenvolvimento equilibrado do território comunitário, a redução das diferenças estruturais entre as regiões da União, bem como a promoção de uma verdadeira igualdade de oportunidades entre as pessoas*"[54], é reflexo do processo de integração econômica e política da Europa.

A política de coesão social da União Europeia possui três objetivos principais: convergência das regiões desfavorecidas, estímulo à competitividade regional e cooperação territorial. Para o atingimento destes objetivos, são

54 http://europa.eu/legislation_summaries/glossary/economic_social_cohesion_pt.htm. Acesso em 23.08.2013.

empreendidas diversas ações político-administrativa e financeira, tais como co-financiamento de programas e projetos pelos fundos estruturais, a exemplo do Fundo de Coesão, do Fundo Europeu de Desenvolvimento Regional, Fundo Social Europeus, entre outros.

O ideal de coesão social tem por fundamento o artigo 3º do Tratado da União Europeia, que estabelece como objetivo fundamental da União a promoção da coesão econômica, social e territorial nos seguintes termos:

> 3. A União estabelece um mercado interno. Empenha-se no desenvolvimento sustentável da Europa, assente num crescimento econômico equilibrado e na estabilidade dos preços, numa economia social de mercado altamente competitiva que tenha como meta o pleno emprego e o progresso social, e num elevado nível de proteção e de melhoramento da qualidade do ambiente. A União fomenta o progresso científico e tecnológico.
> A União combate a exclusão social e as discriminações e promove a justiça e a proteção sociais, a igualdade entre homens e mulheres, a solidariedade entre as gerações e a proteção dos direitos da criança.
> A União **promove a coesão econômica, social e territorial**, e a solidariedade entre os Estados-Membros. (grifo nosso)

Obter uma uniformidade na proteção e na implementação de políticas sociais na Europa pode parecer muitas vezes uma utopia, com vistas as inúmeras dificuldades para sua concretização.

As barreiras que entravam a efetivação do processo de união social são, basicamente, de três ordens: política, econômica e ideológica.

Politicamente a União Europeia é um ente supranacional, dotado de autonomia e com órgãos e instituições próprias. No entanto, formalmente ainda não é um Estado. Funciona como uma Confederação, na qual os seus membros cedem parte da soberania nacional em prol de interesses comuns.

Atualmente, a União Europeia conta com 28 Estados-membros, que através da cooperação mútua, conjugam esforços para realizar os valores e objetivos fixados nos Tratados constitutivos e demais instrumentos legais, ou seja: respeito aos direitos humanos e dignidade humana, a liberdade, democracia, igualdade, o Estado de Direito, a promoção da paz e do bem-estar dos seus cidadãos, a solidariedade entre os povos, entre outros.

Apesar da União Europeia possuir um ordenamento jurídico autônomo, composto tanto de normas primárias (Tratados constitutivos) como de normas derivadas (regulamentos, diretivas e outros atos legislativos), nas relações com os ordenamentos jurídicos nacionais vige os princípios da Primazia e do Efeito Direto.

De acordo com o Princípio da Primacia, os Estados estão obrigados cumprir as obrigações assumidas em virtude dos Tratados constitutivos, não podendo legislar contra disposições normativas comunitárias. Isso, contudo, não impede que haja assimetrias no âmbito de proteção social de cada Estado, pois a União Europeia é constituída por 28 Países, com legislações sociais próprias, economias diversificadas e problemas sociais distintos

Apesar da União Europeia estabelecer as normas gerais em matéria social, não determina qual modelo social deve ser seguido.

Isso se explica em face do Princípio da Autonomia Institucional, segundo o qual os Estado, ao aplicarem o direito comunitário, o fazem respeitando suas competências internas e os procedimentos administrativos e judiciais previstos no direito nacional. Dessa forma, os Estados possuem ampla autonomia e discricionariedade em relação à proteção dos direitos sociais à nível nacional.

Muitos autores têm discutido acerca de qual modelo social segue a União Europeia, ou mesmo se ele existe.

Zahn[55], citando Diamantopoulou e Vaughan Whitehead, menciona a divergência doutrinária que envolve a questão do modelo social adotado pela União Europeia, trazendo o posicionamento daqueles que defendem não haver um modelo social europeu e dos que pregam a sua existência.

Há ainda os que pregam a impossibilidade de se estabelecer um modelo social único para a União Europeia, tendo em vista a diversidade de sistemas sociais existentes nos Estados-membros.

---

55 ZAHN, Rebeca.. European enlargement and the economic crisis: impact and lasting effects. European Trade Union Institute. Brussels, 2013. p. 11

Pino[56], tomando por base as classificações propostas por Esping-Andersen e Titmus, aponta três regimes de Estado do Bem- Estar, baseados em três fontes de provisão do bem-estar: o mercado, a família e o Estado.

> En el régimen liberal, el Estado tiene un papel residual en la provisión del bienestar y predominan las prestaciones sociales modestas en su cuantía, que se obtiene si se es elegible por cumplir estrictos criterios que reflejan el grado de penuria o necesidad. Esta situación obliga a los ciudadanos a ser más dependientes del mercado (existe un bajo nivel de desmercantilización) que en los otros regímenes y explícitamente se les anima por medio de incentivos a acudir a él para solucionar sus problemas relacionados con la cobertura de los riesgos.
> En el modelo conservador (también llamado en la literatura científica corporativista, continental o bismarkiano), el principio básico es el de asegurar los riesgos. La posibilidad de hacerlo del estatus laboral, en concreto de si participa en el mercado laboral, por lo que el proprio sistema tiende a perpetuar las diferencias de estatus. La familia y, en especial, el varón, como sustentador principal, y la mujer, como ama de casa, son los principales encargados del bienestar. El nivel de desmercantilización es moderado.
> Finalmente, el régimen socialdemócrata se caracteriza por que la desmercantilización y la universalización de los derechos sociales se extienden a todos los ciudadanos. Se trata de un régimen generoso, con buenos resultados en cuanto a la redistribución de la riqueza y la reducción de la pobreza (...)

Como se observa, é inviável a adoção de um modelo social único a ser seguido por todos os Estados.

O alargamento da União Europeia, causada pela aceitação de novos Países neste bloco comunitário também constitui um obstáculo à uniformização dos direitos sociais e suas respectivas políticas públicas.

A heterogeneidade dos Estados-membros não permite que todas as diretrizes sociais estabelecidas pela União sejam implementadas igualmente, pois não há uma identidade de problemas sociais na União Europeia, nem todos os Países possuem condições econômicas e políticas para executá-las.

A negociação de instrumentos sociais entre os Estados, por meio do Método Aberto de Coordenação (MAC), tornou-se mais difícil devido à quantidade

---

56 PINO, Eloísa Del y Mª Josefa Rubio Lara. Los Estados de Bienestar em la Encricijada. Ed. Tecnos. Madri: 2013. p. 27

crescente de Países pertencentes à União Europeia. Chegar a um consenso acerca destes instrumentos tem como óbice a heterogeneidade das políticas econômicas e sociais existentes nestes Países.

As assimetrias locais e regionais tem se agravado em virtude das crises econômicas vivenciadas pela Europa nas últimas décadas. As políticas de austeridade impostas pela União Europeia requer uma reorganização das contas públicas, reformulação da política fiscal, redução dos défices orçamentários. Isso muitas vezes inviabiliza a implementação de políticas sociais, pois o Estado não pode promover o bem-estar da sua população quando não há recursos disponíveis para tanto.

Por se tratar de direitos prestacionais, sua eficácia praticamente fica condicionada ao contexto econômico vigente em determinado período, como pôde ser verificado nas últimas crises econômicas globais, que acabaram por desencadear uma crise social em diversos Países, em face das dificuldades financeiras pelas quais passaram.

A cooperação financeira da União, por meio dos seus Fundos estruturais e de coesão ocorre por meio de co- participação. Um dos requisitos para que o Estado receba auxílio da União é a realização dos projetos com esforço financeiro próprio. Ou seja, a ajuda comunitária deve ser apenas suplementar.

A União Europeia ainda conta com competências tímidas em matéria social. A ampliação de suas competências seria possível caso houvesse uma Constituição Europeia. Isso implicaria, contudo, em maior perda da soberania nacional, fato que tem sido ponderado pelos Estados-membros.

Deve ainda ser mencionado que o ideal de coesão social da União Europeia faz parte de um projeto maior: a europeização das competências nacionais, projeto este que não tem obtido grande aceitação em virtude de sentimentos nacionalistas e do temor de uma perda ainda maior da soberania estatal.

Além disso, tem-se também questionado a falta de legitimidade democrática do processo de decisão no âmbito da União Europeia, em razão da forma como o processo legislativo ordinário se desenvolve.

Percebe-se, portanto, que são muitos os obstáculos a serem superados para que se atinja o ideal de coesão social europeia.

# CONCLUSÃO

Em que pese muitos defenderem a inviabilidade da manutenção do Estado de bem-estar social, entre outras razões pelo alto custo gerado para os cofres públicos, é inegável a importância da atuação estatal para a efetivação dos direitos sociais.

As consequências negativas da falta de intervenção do Estado nas relações econômicas e sociais já foram sentidas por muitas nações ao longo da história.

No que diz respeito aos direitos prestacionais, entre os quais encontra-se os direitos sociais, a atuação estatal possui especial relevância no que concerne a sua efetivação, pois viabilizam o auferimento da igualdade real.

No contexto do processo de unificação econômica e política da União Europeia, a normatização dos direitos sociais, à nível comunitário, teve como principal objetivo minimizar os efeitos negativos dos três grandes pilares do processo de integração: a livre circulação de mercadorias, serviços, pessoas e capitais, no intuito de assegurar o tratamento igualitários entre os cidadãos europeus e evitar alguns problemas decorrentes da assimetria das políticas sociais, à nível estatal, como aumento dos fluxos migratórios para Países que possam ofereçam uma cobertura social mais abrangente.

No entanto, ainda representa um grande desafio para a União Europeia, pois envolve questões econômicas, políticas e culturais.

A falta de identidade dos problemas sociais, decorrentes da heterogeneidade dos Estados-membros, a variação das políticas públicas sociais de um País para outro, a diversidade dos modelos de Estado social adotado, assim

como as diferentes formas de financiamento dos direitos sociais, são alguns dos problemas a serem superados no processo de integração social da União Europeia.

Em face dos inúmeros obstáculos constatados, seria o ideal de efetiva integração social europeia uma utopia?

No atual contexto histórico, no qual os efeitos positivos e negativos da globalização ainda não se se consolidaram, não há como arriscar uma resposta a esta indagação.

Indubitavelmente existe um comprometimento da União Europeia e seus Estados-membros com a dimensão social do processo de integração europeu, contudo a consolidação da coesão social na União Europeia vai muito além da boa vontade política. Questões culturais, religiosas, políticas e econômicas também constituem grandes desafios a serem suplantados em prol da integração social europeia.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS


BOBBIO, Norberto. A era dos Direitos. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BUCCI, Maria Paula Dallari. O Conceito de Política Pública em Direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.) Políticas Públicas: Reflexões sobre o conceito Jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006.

__________. Políticas de Estado e políticas de governo: o caso da saúde pública. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006.

CALLEJÓN, Francisco Balaguer. Manual de Derecho Constitucional. Vol I e II. 5. ed. Madri: Tecnos, 2010.

HOLMES, STEPHEN E SUNSTEIN, CASS, *The Cost of Rights- Why Liberty Depends on Taxes*, New York and London: W. M. Norton, 1999.

PINO, Eloísa Del y Mª Josefa Rubio Lara. Los Estados de Bienestar em la Encricijada. Ed. Tecnos. Madri: 2013.

SILVA, José Afonso da. Direito Constitucional. Positivo. 15ª ed. Malheiros. São Paulo: 1998.

UNIÃO EUROPEIA. Tratado da União Europeia.

ZAHN, Rebeca. European enlargement and the economic crisis: impact and lasting effects. European Trade Union Institute. Brussels, 2013.

europa.eu/legislationsummaries/glossary/economic_social_cohesion_pt.htm. Acesso em 23.08.2013.

# PRINCÍPIOS DE HARMONIZAÇÃO ENTRE O DIREITO COMUNITÁRIO EUROPEU E O DIREITO INTERNO DOS ESTADOS-MEMBROS

**Carlos Maurício Lociks de Araújo**[57]

Uma das questões instigantes que circundam as discussões sobre o Direito Comunitário Europeu é a necessidade de compatibilizá-lo com os ordenamentos jurídicos internos dos estados-membros da União Europeia (UE), principalmente em relação às respectivas ordens constitucionais.

Embora o Direito da UE pareça amoldar-se à clássica teoria monista sobre a relação entre o Direito Internacional e o Direito interno dos países, na forma conceituada por Kelsen[58], o Direito Comunitário Europeu, segundo compreendemos, apresenta peculiaridades que não permitem encaixá-lo à moldura dessa teoria.

Isso porque, apesar de as normas da União Europeia ter aplicação direta nos países-membros[59], sem exigir nenhum processo formal de internalização – o que se assemelha à proposta monista –, o Direito Comunitário Europeu constitui um ordenamento jurídico autônomo e distinto das ordens jurídicas internas dos países-membros[60]. Porém, a teoria monista considera que o Direito Internacional e o Direito

---

[57] Mestrando em Direito Constitucional - Constituição e Sociedade, no Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília-DF-Brasil. Artigo apresentado como requisito de aprovação nos cursos "EL Tratado de Lisboa en el contexto del proceso de constitucionalización de la UE" e "Derecho Constitucional Europeo y Globalización", ministrados em junho/2013, na Faculdade de Direito da Universidade de Granada-ES, no âmbito do Programa MDCE-IDP.

[58] KELSEN (2012).

[59] Art. 288 do Tratado Sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE), publicado em 30/3/2010, no Jornal Oficial da União Europeia (JOUE).

[60] CALLEJÓN et al (2010); MARTÍN e NOGUERAS (2012)

dos estados constituem um sistema unitário de normas. Essa diferença, portanto, afasta o Direito Comunitário Europeu desse modelo teórico[61].

Outrossim, o Direito Comunitário constitui uma categoria distinta do Direito Internacional, que é o foco da teoria monista. Segundo Canotilho[62], o direito da União Europeia é uma categoria à parte: o *direito supranacional comunitário*. Isso é ilustrado na seguinte passagem do referido autor:

> ...a Comunidade Europeia constitui uma associação específica, à qual foi atribuído um poder originário supranacional, sendo uma das manifestações mais exuberantes deste poder a competência normativa. Daí a importância desta nota: o ordenamento estadual abre-se a fontes de direito supranacionais, alterando-se radicalmente o monopólio estadual de criação do direito.[63]

Nessa mesma linha, o Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia (TJCE) já assentou que o Direito Comunitário Europeu não se confunde com o direito dos tratados internacionais ordinários, sendo estabelecido mediante um ordenamento jurídico próprio, embora integrado aos ordenamentos internos dos países-membros64.

Também não se pode afirmar que todas as normas do Direito Comunitário Europeu aplicam-se incondicionalmente aos estados-membros. Elas podem esbarrar em eventuais normas constitucionais internas protetoras de direitos fundamentais, hipótese em que a teoria dos contralimites pode ser invocada para excepcionar o princípio da primazia das normas comunitárias sobre as normas internas (essa questão será enfocada mais adiante).

---

[61] KELSEN (2012)

[62] CANOTILHO (1998)

[63] Idem, p. 616

[64] Jurisprudência inaugurada em 1964, com a paradigmática sentença Costa x ENEL (CALLEJÓN e outros 2010, p. 246).

Isso posto, a harmonização entre os dois ordenamentos – comunitário e internos de cada país-membro – não se faz de forma simples como poder-se-ia prever no modelo monista.

A integração entre os dois sistemas é regida por um conjunto de princípios que, ponderados na interpretação e aplicação das normas, permitem obter um grau razoável de compatibilização entre ambos.

O princípio da primazia – que pode ser considerado o de maior relevo – reza que o direito comunitário da União Europeia tem prevalência sobre o direito interno dos países-membros.

Conforme assinalado alhures, essa primazia resulta de uma construção jurisprudencial inaugurada com a sentença Costa x ENEL, de 1964, proferida pelo então Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia (TJCE), hoje Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE).

No caso, o demandante arguiu que uma lei italiana sobre nacionalização de energia elétrica, de 1962, colidia parcialmente com disposições do Tratado de Roma65, de 1957, do qual a Itália era signatária e, que, por isso, deveria prevalecer sobre a lei ordinária.

Na ocasião, o TJCE aplicou ao caso o princípio da primazia para considerar que as normas do Tratado de Roma não poderiam ser derrogadas pela lei posterior italiana.

Essa decisão apoiou-se em quatro fundamentos, assim resumidos a partir de análise feita por Martín e Nogueras (2012), os quais englobam alguns outros princípios regentes do Direito Comunitário Europeu:

1) natureza e características específicas da União Europeia66 e do seu ordenamento, com destaque para limitação de competências – ou transferência de atribuições – dos estados-membros à Comunidade, para a produção de certas normas comuns, condição necessária aos objetivos pactuados no Tratado de Roma

[65] Instituiu a Comunidade Econômica Europeia (CEE), atualmente sucedida pela União Europeia (EU)

[66] À época, Comunidade Econômica Europeia.

a exigir regras uniformes e válidas para todos os signatários segundo os interesses comuns67;

2) disposições expressas do Tratado de Roma sobre a autolimitação ou transferência parcial de competência normativa dos países-membros para a Comunidade Econômica Europeia (atualmente União Europeia), a saber:

> Artigo 3º-B.
> A Comunidade actuará nos limites das atribuições que lhe são conferidas e dos objectivos que lhe são cometidos pelo presente Tratado. (Tratado de Roma)

Nos dias atuais, disposições equivalentes são encontradas nos arts. 4º e 5º do Tratado da União Europeia (TUE) e no art. 288 do Tratado de Funcionamento da União Europeia (TFUE), observando-se que o art. 5º do TUE nomeia expressamente a transferência de competências como *princípio da atribuição*:

> Art. 4º
> 1. Nos termos do artigo 5º, as competências que não sejam atribuídas à União nos Tratados pertencem aos Estados-Membros.
> (...) (TUE)
>
> Art. 5º
> 1. A delimitação das competências da União rege-se pelo *princípio da atribuição*. O exercício das competências da União rege-se pelos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade.
> 2. Em virtude do princípio da atribuição, a União actua unicamente dentro dos limites das competências que os Estados-Membros lhe tenham atribuído nos Tratados para alcançar os objectivos fixados por estes últimos. As competências que não sejam atribuídas à União nos Tratados pertencem aos Estados-Membros.
> (...) (TUE)
>
> Art. 288

---

[67] Alguns objetivos contidos no preâmbulo do Tratado de Roma: “estabelecer os fundamentos de uma união cada vez mais estreita entre os povos europeus”; “assegurar, mediante uma acção comum, o progresso económico e social dos seus países, eliminando as barreiras que dividem a Europa”; “reforçar a unidade das suas economias e assegurar o seu desenvolvimento harmonioso pela redução das desigualdades entre as diversas regiões e do atraso das menos favorecidas”; “contribuir, mercê de uma política comercial comum, para a supressão progressiva das restrições ao comércio internacional”

> Para exercerem as competências da União, as instituições adoptam regulamentos, directivas, decisões, recomendações e pareceres.
> O regulamento tem carácter geral. É obrigatório em todos os seus elementos e directamente aplicável em todos os Estados-Membros.
> A directiva vincula o Estado-Membro destinatário quanto ao resultado a alcançar, deixando, no entanto, às instâncias nacionais a competência quanto à forma e aos meios.
> A decisão é obrigatória em todos os seus elementos. Quando designa destinatários, só é obrigatória para estes.
> (...) (TFUE)

3) o compromisso ou *princípio de cooperação leal* no cumprimento dos tratados, materializado no art. 5º do Tratado de Roma, o qual traduz o princípio geral do Direito de respeito às normas pactuadas (*pacta sunt servanda)*:

> Artigo 5º
> Os Estados-membros tomarão todas as medidas gerais ou especiais capazes de assegurar o cumprimento das obrigações decorrentes do presente Tratado ou resultantes de actos das Instituições da Comunidade.
> Os Estados-membros facilitarão à Comunidade o cumprimento da sua missão.
> Os Estados-membros abster-se-ão de tomar quaisquer medidas susceptíveis de pôr em perigo a realização dos objectivos do presente Tratado. (disposições do Tratado de Roma).
> O Tratado da União Europeia possui várias disposições equivalentes, com destaque para o item 3 do seu art. 3º que nomeia expressamente o princípio da cooperação leal:
> Art. 3º
> (...)
> 3. Em virtude do princípio da cooperação leal, a União e os Estados-Membros respeitam-se e assistem-se mutuamente no cumprimento das missões decorrentes dos Tratados.
> Os Estados-Membros tomam todas as medidas gerais ou específicas adequadas para garantir a execução das obrigações decorrentes dos Tratados ou resultantes dos actos das instituições da União.
> Os Estados-Membros facilitam à União o cumprimento da sua missão e abstêm-se de qualquer medida susceptível de pôr em perigo a realização dos objectivos da União. (...) (TUE)

4) o quarto fundamento adotado na sentença Costa x ENEL para apoiar a tese da primazia do direito comunitário sobre as leis internas é a proibição de discriminação baseada na nacionalidade dos particulares, conforme assentado no art. 6º do Tratado de Roma:

> Artigo 6º.

> No âmbito de aplicação do presente Tratado, e sem prejuízo das suas disposições especiais, é proibida toda e qualquer discriminação em razão da nacionalidade. (Tratado de Roma)

Norma equivalente está hoje posta no art. 18 do TFUE:

> Artigo 18º
> No âmbito de aplicação dos Tratados, e sem prejuízo das suas disposições especiais, é proibida toda e qualquer discriminação em razão da nacionalidade.
> O Parlamento Europeu e o Conselho, deliberando de acordo com o processo legislativo ordinário, podem adoptar normas destinadas a proibir essa discriminação. (TFUE)

Na interpretação de Martín e Nogueras[68], o respeito ao *princípio da não discriminação* é condição necessária à subsistência da União Europeia. Gregorio Villar[69] reforça essa dicção, afirmando que a não discriminação por razão de nacionalidade é um princípio cardeal da União Europeia em sua dimensão de mercado comum. Ainda nessa linha, ressaltamos que a cidadania da União – com igualdade perante os direitos comunitários – é um dos principais direitos instituídos no Tratado de Roma[70], mais precisamente em seu art. 8º:

> Artigo 8º
> 1. É instituída a cidadania da União.
> É cidadão da União qualquer pessoa que tenha a nacionalidade de um Estado-membro.
> 2. Os cidadãos da União gozam dos direitos e estão sujeitos aos deveres previstos no presente Tratado (Tratado de Roma)

Trata-se, portanto, de um princípio garantidor da cidadania europeia, a impor submissão das leis internas às normas comunitárias sobre direitos individuais.

---

[68] MARTÍN e NOGUERAS (2012)

[69] VILLAR (2013)

[70] No TFUE, os direitos de cidadania e de não discriminação estão contemplados nos arts. 18 a 25

Nessa medida, o princípio da não discriminação representa um fundamento adicional ao princípio da primazia.

A jurisprudência inaugurada pela sentença Costa x ENEL nos anos 60, com base nos quatro fundamentos apresentados, foi reafirmada diversas vezes pelo Tribunal de Justiça[71], estando hoje assentada no art. 288 do TFUE e na Declaração nº 17 anexada ao Tratado de Lisboa:

> Art. 288.
> Para exercerem as competências da União, as instituições adoptam regulamentos, directivas, decisões, recomendações e pareceres.
> O regulamento tem carácter geral. É obrigatório em todos os seus elementos e directamente aplicável em todos os Estados-Membros.
> *A directiva vincula o Estado-Membro destinatário* quanto ao resultado a alcançar, deixando, no entanto, às instâncias nacionais a competência quanto à forma e aos meios.
> *A decisão é obrigatória em todos os seus elementos*. Quando designa destinatários, só é obrigatória para estes.
> (...) (TFUE)
>
> 17. Declaração sobre o primado do direito comunitário
> A Conferência lembra que, em conformidade com a jurisprudência constante do Tribunal de Justiça da União Europeia, os Tratados e o direito adoptado pela União com base nos Tratados *primam sobre o direito dos Estados-Membros*, nas condições estabelecidas pela referida jurisprudência. (Anexo ao Tratado de Lisboa)

A partir dessas anotações, podemos verificar que o princípio da primazia do Direito Comunitário Europeu, apesar de sua origem jurisprudencial, foi acolhido pelo direito positivo. Isso denota o esforço da União Europeia e dos estados-membros em garantir efetividade à harmonização entre o direito comum e os ordenamentos internos.

Além dos já comentados princípios associados ao da primazia – *atribuição, cooperação leal e não discriminação* – a harmonização entre o Direito Comunitário Europeu e os ordenamentos internos dos estados-membros pressupõe a aplicação de outros princípios, alguns dispostos nos próprios textos do TUE e do TFUE.

---

[71] Sentença “Simmenthal”, de 1978; sentença “Constanzo”, de 1989; entre outras (Martín e Nogueras 2012)

Um importante princípio a reforçar o primado do Direito Europeu sobre o direito interno dos países-membros é o do *efeito direto* ou da *aplicação direta*, insculpido no art. 288 do TFUE. Conforme já comentado em passagem anterior, esse princípio afasta a necessidade de qualquer procedimento formal de internalização da norma da União Europeia, garantindo, assim, maior efetividade ao princípio da primazia.

O *princípio da subsidiariedade* vem positivado no art. 5º, itens 1 e 3, do TUE. Consoante expresso nesses dispositivos, a subsidiariedade limita a atuação da União Europeia nos campos que não sejam de sua exclusiva competência "apenas se e na medida em que os objectivos da acção considerada não possam ser suficientemente alcançados pelos Estados-Membros"[72]. Com isso, respeita-se a autonomia dos estados-membros, fixando limites à atribuição de competências.

Ao lado do critério de subsidiariedade, o mesmo art. 5º do TUE prevê a aplicação do *princípio da proporcionalidade* no delineamento da forma e do conteúdo da ação da União. De acordo com esse princípio, a atuação da UE "não devem exceder o necessário para alcançar os objectivos dos Tratados"[73]. A forma

---

[72] Artigo 5o (...)

3. Em virtude do princípio da subsidiariedade, nos domínios que não sejam da sua competência exclusiva, a União intervém apenas se e na medida em que os objectivos da acção considerada não possam ser suficientemente alcançados pelos Estados-Membros, tanto ao nível central como ao nível regional e local, podendo contudo, devido às dimensões ou aos efeitos da acção considerada, ser mais bem alcançados ao nível da União.

As instituições da União aplicam o princípio da subsidiariedade em conformidade com o Protocolo relativo à aplicação dos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade. Os Parlamentos nacionais velam pela observância do princípio da subsidiariedade de acordo com o processo previsto no referido Protocolo. (TUE)

[73] Artigo 5º (...)

4. Em virtude do princípio da proporcionalidade, o conteúdo e a forma da acção da União não devem exceder o necessário para alcançar os objectivos dos Tratados.

de aplicação dos princípios da proporcionalidade e da subsidiariedade é descrita no Protocolo nº 2 da Ata do Tratado de Roma.

Basicamente, o princípio da proporcionalidade, também conhecido com princípio da proibição do excesso, reza que a atuação do poder público deve seguir os critérios – ou subprincípios – de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito[74]. Nas lições compiladas por Paulo Bonavides[75], esses subprincípios da proporcionalidade podem ser assim definidos, em apertada síntese: 1) a *adequação* refere-se à escolha do meio certo para alcançar o objetivo colimado baseado no interesse público; 2) a *necessidade* reflete a escolha menos gravosa aos indivíduos destinatários da norma, entre as medidas adequadas para a obtenção do resultado desejado; 3) a proporcionalidade *stricto sensu* impõe que a medida tenha a intensidade ou a extensão ajustada aos propósitos perseguidos, vedando-se excessos.

Extrai-se do princípio da proporcionalidade que a atuação da União Europeia deve intervir o mínimo possível sobre os destinatários de suas normas e sobre os próprios ordenamentos jurídicos dos estados-membros. Com isso, reduz-se a possibilidade de entrechoque das normas comunitárias com os ordenamentos jurídicos internos dos estados-membros.

Veja-se que esses dois princípios associados – subsidiariedade e proporcionalidade – constituem freios a eventuais excessos na produção normativa da União Europeia, o que converge para o objetivo de reduzir as tensões entre os ordenamentos comunitário e locais.

---

As instituições da União aplicam o princípio da proporcionalidade em conformidade com o Protocolo relativo à aplicação dos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade. (TUE)

[74] BONAVIDES (2003)

[75] Idem (p. 396-398)

A *autonomia do Direito da União Europeia*, embora esteja positivada mediante regras bem específicas em vários dispositivos do TUE e do TFUE[76], é reconhecida como um princípio intrínseco à formação e à subsistência da União[77].

Muitas são as notas características dessa autonomia, podendo-se citar:

- Parlamento Europeu, individualizado e autônomo, com poderes legiferantes no âmbito da União, cujos regulamentos, diretivas e decisões têm poder cogente sobre os países-membros (223 a 234 e 288 a 289 do TFUE);

- Tribunal de Justiça, com atribuições próprias de jurisdição sobre o Direito da UE; suas decisões vinculam os jurisdicionados, inclusive os estados-membros, e têm força executória, podendo gerar sanções em caso de não cumprimento (arts. 251 a 281 do TFUE);

- competências legislativas exclusivas da União, decorrentes da transferência de atribuições dos estados-membros no âmbito das matérias específicas que integram o Direito Comunitário Europeu (arts. 4º e 5º do TUE e art. 2º[78] do TFUE);

- caráter vinculante e aplicação imediata das normas postas pela União em relação aos estados-membros (arts. 288 a 289 do TFUE).

Note-se que o princípio da autonomia do Direito Comunitário Europeu reforça o princípio da sua primazia sobre os ordenamentos internos, haja vista a existência de certas competências legislativas exclusivas da União Europeia com validade perante todos os membros da UE. Isso significa uma cessão parcial de soberania em favor da União, quebrando-se o clássico monopólio estatal para legislar.

Neste ponto, convém abrir um parêntesis para anotar que o Tratado da União Europeia e o Tratado de Funcionamento da União Europeia representam, em

---

[76] Arts. 4º e 5º do TUE, arts. 2º, 3º, 223 a 234, 251 a 281, 288 e 289 do TFUE etc.

[77] MARTÍN e NOGUERAS (2012)

[78] Artigo 2º 1. Quando os Tratados atribuam à União competência exclusiva em determinado domínio, só a União pode legislar e adoptar actos juridicamente vinculativos; os próprios Estados-Membros só podem fazê-lo se habilitados pela União ou a fim de dar execução aos actos da União. (…)

conjunto, uma quase Constituição Europeia. Isso é demonstrado tanto pelas características intrínsecas dos tratados constitutivos da União quanto pela sua própria formação histórica.

O TUE e o TFUE instituem um ente supranacional autônomo com personalidade jurídica própria (a União Europeia), em que figuram os três poderes típicos de Estado – Legislativo (Parlamento Europeu), Executivo (Comissão) e Judiciário (Tribunal de Justiça e tribunais especializados) –, com sistema de representação eleitoral próprio, moeda única (Euro), além de um ordenamento jurídico próprio e autônomo, com primazia perante os demais ordenamentos sob seu alcance, i.é, dos estados-membros. Também estatuem direitos fundamentais e outras diretrizes típicas tipicamente constitucionais.

Sob o ponto de vista histórico, o Tratado de Roma, que consolidou os tratados anteriores no TUE e no TFUE, teve sua origem no insucesso do anterior Tratado Constitucional Europeu, de 2004, que continha notas características típicas de uma Constituição Europeia, a começar pela própria denominação. Por força de resistências dos estados-membros, ele não foi ratificado[79]. Em 2007, contudo, foi assinado o Tratado de Roma, que, embora tenha rejeitado o uso de palavras e expressões textuais que associassem explicitamente seu conteúdo a uma Constituição típica – p. ex.: a denominação de “Constituição” e o termo “lei” –, manteve, com alguns ajustes, as características do natimorto Tratado Constitucional Europeu[80].

A rigor, a origem histórica do que se pode chamar de Constitucionalismo Europeu remonta ao período logo posterior à Primeira Guerra Mundial, sendo materializado aos poucos, mediante vários tratados, dos quais destacamos o Tratado de Roma, de 1957, que instituiu a Comunidade Europeia de Energia

---

[79] “quando submetido à referendo, foi rejeitado pelos franceses e holandeses em 2005.” (COUTO, 2013, p. 6767)

[80] COUTO (2013)

Atômica e a Comunidade Econômica Europeia, e o de Maastrich, de 1992, que criou a União Europeia, incluindo a moeda única (o Euro), implementada em 2002[81].

Por outro lado, também é certo que o Tratado de Roma não inaugurou uma Constituição Europeia verdadeira, porquanto nele não existem, por exemplo, as normas de preservação de integridade do que seria o Estado Europeu, peculiaridade típica das Constituições. Ao contrário, os arts. 49 e 50 do TUE preveem a possibilidade de ingresso e de livre retirada de estados-membros da União.

Em vista disso, podemos afirmar que os dois principais tratados constitutivos da União Europeia – TUE e TFUE –, embora não representem uma Constituição em sentido estrito, possuem características *constitucionaliformes*, o que intensifica o debate sobre como compatibilizá-los com as ordens constitucionais internas dos estados-membros.

Essas observações são importantes para retomarmos o tema central do texto, que é a harmonização, mediante princípios, entre os dois ordenamentos jurídicos – da União Europeia e dos estados-membros.

E aqui surge uma importante questão: até que ponto o Direito Europeu sobrepõe-se à Constituição dos estados-membros?

Konrad Hesse[82], ao tratar do tema, assinala que essa “renúncia estatal à sua exclusiva soberania” – ocorrida no contexto de “internacionalização e europeização” do Direito – representa uma perda de parte do valor originário da própria Constituição do estado-membro. Nesse passo, afirma o autor, “a progressiva integração europeia acarreta deslocamentos na ordem constitucional”[83].

Em linha similar, Callejón pontua que a primazia do Direito da União Europeia não se detém perante o Direito constitucional interno, muito embora assinale que a indefinição quanto à criação de uma efetiva Constituição Europeia prejudica a harmonização entre ambos os ordenamentos, porquanto não há previsão

---

[81] Idem

[82] HESSE (2009, p. 20)

[83] Op. cit, p. 20

de mecanismos para os estados-membros conciliarem as eventuais desarmonias entre as normas comunitárias e suas Constituições[84].

Por outro lado, Martín e Nogueras assinalam não haver, a rigor, uma supremacia do Direito Comunitário sobre as constituições locais, mas apenas uma divisão de competências. Contudo, reconhecem que, em assuntos de competência atribuída à União, os estados-membros não podem invocar seu direito constitucional para furtar-se à aplicação da norma comunitária. Isso é contornado mediante a adaptação das próprias constituições ao escopo normativo da UE. E tal processo de adaptação constitucional é uma condição de ingresso na União Europeia[85].

A primazia do Direito Europeu sobre as constituições locais também é assentada pela jurisprudência do TJUE, a exemplo das sentenças Costa x ENEL (1964), San Michele (1970) e Comisión x Bélgica (1980)[86]. Essa dicção é reconhecida por vários outros autores, a exemplo de Campos, Laureano e Tavares, entre outros[87].

Em sentido diverso, Canotilho sustenta, entre outros argumentos, que a eventual supremacia do Direito Comunitário sobre as constituições dos estados-membros tornaria supérfluas estas últimas, além de subverter as regras próprias de revisão constitucional dos países-membros, na medida em que poderia derrogar suas normas constitucionais[88].

Conforme anota Callejón, os tribunais constitucionais dos estados-membros, a exemplo do Tribunal Constitucional da Espanha, defendem que a aplicação do Direito europeu não pode realizar-se contrariamente aos preceitos

---

[84] CALLEJÓN (2010, p. 250)

[85] MARTÍN e NOGUERAS (2012, p. 416)

[86] Idem (p. 416)

[87] CAMPOS (1994), LAUREANO (1997), TAVARES (2007)

[88] CANOTILHO (1998, p. 726)

constitucionais dos estados-membros, porque a integração na Europa não diminui a vinculação dos poderes públicos à Constituição. De acordo com o referido autor, o Tribunal Constitucional espanhol considera que a cessão do exercício de competências em favor de organismos supranacionais não desonera as autoridades nacionais do respeito ao ordenamento interno quando atuam cumprindo obrigações assumidas perante tais organismos, pois continuam sujeitas à Constituição e ao resto do ordenamento jurídico espanhol[89].

Trata-se, como visto, de uma questão polêmica.

Indaga-se, contudo, se a expressa previsão constitucional de submissão do estado-membro às normas da União Europeia, como ocorre, por exemplo, nas Constituições da Itália[90] e da Espanha[91], pode ser considerada como uma forma de harmonização do Direito da UE com a Constituição do estado-membro, preservando-se, assim, a superioridade formal desta última.

Entendemos que sim, pois essa solução preserva – repetimos: no plano formal – a soberania da Constituição local perante o Direito Comunitário, na medida em que a própria Lei Maior do país-membro autoriza a incorporação das normas da

---

[89] STC 64/91, STC 236/91 (*in* CALLEJÓN, 2010, p. 250)

[90] Art. 11 - A Itália repudia a guerra com instrumento de ofensa à liberdade dos outros povos e como meio de resolução das controvérsias internacionais; *consente, em condições de paridade com os outros Estados, nas limitações de soberania necessárias para um ordenamento que assegure a paz e a justiça entre as nações*; *promove e favorece as organizações internacionais que visam essa finalidade.* (Constituição da Itália - versão traduzida para o Português)

[91] Art. 93 - Mediante ley orgánica se podrá autorizar la celebración de tratados por los que se atribuya a una organización o institución internacional el *ejercicio de competencias derivadas de la Constitución*. Corresponde a las Cortes Generales o al Gobierno, según los casos, la garantía del cumplimiento de estos tratados y de las resoluciones emanadas de los organismos internacionales o supranacionales titulares de la cesión.

Art. 96 - 1. Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. *Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional*.

(Constituição da Espanha)

União Europeia. Assim, conforme assinalam Martín e Nogueras, não haveria conflito de normas[92].

Ao dizer que essa solução preserva a superioridade *formal* da Constituição, admitimos a possibilidade de inserção de eventual norma do direito europeu no ordenamento jurídico nacional, mesmo em aparente colisão com outra norma da Constituição local. Mas isso ocorre porque a própria Constituição do estado-membro previu essa possibilidade. Assim, a Carta Política mantém-se respeitada ainda nessa hipótese.

A despeito dessa ponderação, há casos em que, mesmo diante da autorização constitucional para internalização do Direito Europeu, surge a possibilidade de questionar a eficácia da norma comunitária em face do ordenamento constitucional interno, quando essa colisão envolver determinadas matérias de alto valor perante as tradições constitucionais do país-membro. Essa questão será comentada mais adiante, quando tratarmos da teoria dos contralimites.

Em contraponto à autonomia do Direito Europeu, a União Europeia afirma o *princípio da autonomia dos estados-membros*, fixado no art. 4º, item 2, do TUE. Esse reconhecimento, contudo, limita-se às matérias que não sejam da competência exclusiva da União, notadamente em relação a integridade territorial, ordem pública e segurança nacional[93].

É uma decorrência lógica do seu princípio reverso, o da atribuição de competências. Se, de um lado, os estados-membros cedem parte de sua autonomia à União Europeia, com o objetivo de obter ganhos com a aglutinação de esforços comuns dos países congregados em comunidade, por outro ângulo, essa transferência de atribuições não significa renúncia às suas autonomias ou soberanias. Do contrário, a União Europeia converter-se-ia em um estado federativo.

Por sua importância, vale transcrever o mencionado dispositivo do TUE que trata da questão:

---

[92] MARTÍN e NOGUERAS (2012, p. 415)

[93] Art. 4º do TUE.

> Art. 4º.
> (...)
> 2. A União respeita a igualdade dos Estados-Membros perante os Tratados, bem como a respectiva identidade nacional, reflectida nas estruturas políticas e constitucionais fundamentais de cada um deles, incluindo no que se refere à autonomia local e regional. A União respeita as funções essenciais do Estado, nomeadamente as que se destinam a garantir a integridade territorial, a manter a ordem pública e a salvaguardar a segurança nacional. Em especial, a segurança nacional continua a ser da exclusiva responsabilidade de cada Estado-Membro. (TUE)

Veja-se que esse dispositivo, ao reconhecer a autonomia dos estados-membros, também afirma o respeito à “respectiva identidade nacional, reflectida nas estruturas políticas e constitucionais fundamentais de cada um deles”. Essa diretriz, associada ao princípio de proteção aos direitos fundamentais, pode ser interpretada como um limite ao princípio da primazia, como será visto a seguir.

De acordo com o Tratado da União Europeia, os *direitos fundamentais* também são considerados como princípios. Isso está posto no art. 6º, item 3, do TUE:

> Art. 6º (...)
> 3. Do direito da União fazem parte, *enquanto princípios gerais*, *os direitos fundamentais* tal como os garante a Convenção Europeia para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais *e tal como resultam das tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros*. (TUE)

Essa norma principiológica enseja um duplo sentido no controle da adequação de normas voltado à proteção dos direitos fundamentais, seja sob a forma mais comum – da invocação do Direito Europeu contra normas internas com ele colidentes –, seja no sentido oposto – da excepcional prevalência de uma norma interna sobre o Direito Europeu.

A primeira forma não suscita dúvidas, pois se trata da aplicação direta do princípio da primazia.

Contudo, na segunda possibilidade, deparamo-nos com um obstáculo ou uma exceção à precedência do Direito Comunitário sobre a ordem jurídica constitucional local. Isso ocorre quando eventual norma do Direito Europeu tende a reduzir a expressão de um direito fundamental consolidado em “tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros”.

A *teoria dos contralimites* é uma construção jurisprudencial, segundo a qual as normas comunitárias europeias não se aplicam quando contraditarem direitos fundamentais afirmados nas Constituições dos estados-membros ou afrontarem a “identidade nacional, reflectida nas estruturas políticas e constitucionais fundamentais de cada um deles”[94].

A questão é bem tratada por Callejón, que classifica os contralimites como “núcleos constitucionais de resistência frente ao Direito europeu”, que não devem ceder ao princípio da primazia[95].

Para o autor, essa possibilidade está assentada no já citado item 2 do artigo 4º do TUE, a estabelecer que a União respeitará a identidade nacional dos Estados, inerente a suas estruturas fundamentais políticas e constitucionais, também no que tange à autonomia regional e local[96].

Assim, prossegue o autor, a própria União Europeia reconhece a existência de um núcleo constitucional a ser preservado, integrado pelas estruturas políticas e constitucionais fundamentais dos estados-membros[97].

A preocupação em preservar, ao menos em certo grau, a precedência das Constituições locais sobre o Direito Europeu foi identificada no processo de elaboração do Tratado de Lisboa. Embora o artigo I-6 do Tratado Constitucional (não ratificado) tenha fixado em termos amplos o princípio da primazia, assentando que a Constituição (europeia) e o Direito adotado pelas instituições da União no exercício de suas competências prevaleceriam sobre “*o Direito* dos Estados membros” – o que poderia ser interpretado como uma prevalência inclusive sobre as Constituições

---

[94] Art. 4º - 2 do TUE (dispositivo reproduzido em passagem anterior).

[95] CALLEJÓN (2010, p. 251)

[96] Idem

[97] Idem

locais –, esse preceito foi eliminado do texto principal do Tratado de Lisboa, passando a constar Declaração nº 17 da Ata Final[98].

Note-se, contudo, que essa alteração não eliminou o princípio da primazia, que também está assentado no art. 288 do TFUE, conforme pontuamos ao tratar especificamente desse princípio. E a prevalência do Direito Europeu sobre as Constituições locais continua a ser acolhida por muitos, exceto quando se trata das aludidas ressalvas contidas no art. 4º, item 2, do TUE.

Para Callejón, contudo, a questão do embate entre o Direito Europeu e o Direito Constitucional dos estados-membros ainda é insolúvel e somente será resolvida com a instituição da Constituição Europeia. Esse advento, no dizer do autor, selará essas discussões porque, então, a Constituição da Europa terá primazia sobre os ordenamentos constitucionais locais. Paralelamente, assinala Callejón, a "europeização" dos ordenamentos constitucionais nacionais, adequando-os às normas da União Europeia, também pode contribuir em muito para minimizar esses conflitos de ordenamentos.

Amaral e Piçarra sintetizam a questão afirmando que a "contrapartida do princípio do primado" é "a garantia de congruência estrutural entre a ordem jurídica da União Europeia e as ordens jurídicas nacionais quanto aos princípios constitucionais fundamentais"[99]. A seguinte passagem trazida pelos referidos autores esclarece melhor tal assertiva:

> ...a "contrapartida" exigida ao TJ pelos tribunais nacionais, "liderados" por alguns tribunais constitucionais, em troca da aceitação do princípio do primado do direito da UE [...] consiste na garantia da efectiva sujeição das normas da União destinadas a prevalecer nas ordens jurídicas dos Estados-Membros a parâmetros de validade essencialmente coincidentes com os que integram o "núcleo duro" das constituições nacionais, a começar pelos direitos fundamentais (III).[100]

---

[98] Idem, p. 252 (dispositivo reproduzido em passagem anterior)

[99] AMARAL e PIÇARRA (2008)

[100] Idem, p. 190-191

Os mencionados autores também demonstram a origem jurisprudencial da teoria dos contralimites, assinalando os seguintes "princípios pretorianos" a reger a questão:

> (1) os direitos fundamentais da pessoa contam-se entre os princípios gerais de direito comunitário cuja observância é garantida pelo TJ;
> (2) a protecção desses direitos deve ser garantida tendo em conta a estrutura e os objectivos da UE;
> (3) *tal protecção inspira-se nas tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros*, bem como nas indicações fornecidas pelos instrumentos internacionais relativos à protecção dos direitos fundamentais em que os Estados Membros cooperaram ou a que aderiram, com especial destaque para a Convenção Europeia dos Direitos do Homem;
> (4) não podem, por conseguinte, ser admitidas na UE medidas incompatíveis com os direitos fundamentais assim reconhecidos e garantidos.[101]

Ainda em alusão aos precedentes jurisprudenciais que desenharam a teoria dos contralimites, Amaral e Piçarra assinalam que:

> ...um dos acórdãos em que reconheceu implicitamente o respeito dos direitos fundamentais, *enquanto princípio geral de direito comunitário*, como limite intrínseco à "pretensão de primado" das normas comunitárias que o TJ levou mais longe a formulação do próprio princípio do primado: "a invocação de violações, quer aos direitos fundamentais, *tais como se encontram enunciados na Constituição de um Estado-Membro*, quer aos princípios da estrutura constitucional nacional, não pode afectar a validade de um acto da Comunidade ou o seu efeito no território desse Estado." (destaques originais da citação) [102]

Assim, a teoria dos contralimites aplica-se não apenas em relação à proteção de direitos fundamentais, mas também aos "princípios da estrutura constitucional nacional", ou seja, o *núcleo duro* das Constituições.

---

[101] Idem, p.200.

[102] Idem

Vê-se, portanto, que a teoria dos contralimites, ao invés de representar um obstáculo à conciliação entre o Direito Comunitário Europeu e as Constituições dos estados da União, é mais um instrumento de harmonização, de compatibilização, entre os dois ordenamentos. Alfonso Celotto assevera que os contralimites "deixam de ser o rígido muro de fronteira entre ordenamentos, para passar a ser o ponto de articulação, a charneira nas relações entre a UE e os Estados-Membros"[103].

## CONCLUSÕES

Conforme demonstrado, a forma peculiar de relacionamento entre o Direito Comunitário Europeu e os ordenamentos jurídicos internos dos estados-membros da União Europeia enseja tensões entre ambos, principalmente quanto à extensão em que deve ser aplicado o princípio da primazia do Direito Comunitário sobre as ordens jurídicas internas, notadamente no plano constitucional.

Trata-se de ordenamentos autônomos, cuja inter-relação não se ajusta aos modelos de interação entre Direito Internacional e Direito Interno (monismo e dualismo). O Direito da União Europeia é considerado, nesse sentido, como um Direito supranacional, dotado de primazia e aplicação imediata sobre as ordens jurídicas internas.

No entanto, essa primazia do Direito Comunitário deve ser dosada para não descaracterizar a identidade constitucional dos estados-membros, o que gera tensões entre os dois sistemas jurídicos inter-relacionados.

O esforço para solucionar – ou, ao menos, minimizar – essas tensões tem sido materializado na criação e aplicação de diversos princípios regentes do Direito

---

[103] CELOTTO *apud* AMARAL e PIÇARRA (2008, p. 217)

da União Europeia. Isso tem sido feito, de um modo geral, mediante um processo histórico de construções jurisprudenciais, notadamente do Tribunal de Justiça da UE, que têm culminado com a sua positivação nos tratados da União, hoje consolidados, mediante o Tratado de Lisboa, no Tratado da União Europeia (TUE) e no Tratado de Funcionamento da União Europeia (TFUE).

Trata-se, conforme visto, de um verdadeiro sistema de princípios que gravitam em torno do princípio da primazia, de modo a garantir-lhe efetividade, a exemplo dos princípios da atribuição, da aplicação direta, da cooperação leal e da autonomia do Direito da UE; bem como para definir sua extensão e seus limites, como ocorre com os princípios da autonomia dos estados-membros, da proteção aos direitos fundamentais e dos contralimites.

Embora a aplicação desses princípios não seja suficiente para eliminar o tensionamento entre os dois sistemas jurídicos, é certo que a sua aplicação conjunta e integrada constitui importante fator de harmonização entre os dois ordenamentos.

As resistências à formação de um Estado Constitucional Europeu – a conferir um *status* apenas *constitucionaliforme*, e não constitucional, aos tratados constitutivos da União, representam fator de obstáculo à solução dessas tensões entre os ordenamentos comum e internos. Assim, a efetiva constitucionalização da Europa é apontada como uma das soluções a esse regime de tensões.

O aspecto mais crítico do problema analisado são os eventuais entrechoques de normas da União Europeia com normas constitucionais dos estados-membros, o que impõe a relativização do princípio da primazia mediante o estabelecimento de contralimites.

Esses contrapesos, contudo, aplicam-se apenas nos casos em que as normas comunitárias ameacem reduzir a extensão e o alcance de direitos fundamentais ou de outras tradições constitucionais mais caras aos estados-membros.

A legitimidade da teoria dos contralimites é reconhecida, em certa medida, nas atuais versões dos tratados constitutivos da União Europeia, notadamente nos arts. 4-2 e 6-3 do TUE, que preveem o respeito da UE aos direitos

fundamentais, categorizando-os como princípios, bem como às tradições constitucionais dos estados-membros.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL, Diogo Freitas do, e Nuno PIÇARRA. “O Tratado de Lisboa e o Princípio do Primado do Direito da União Europeia: "uma evolução da continuidade".” *Revista Mestrado em Direito*. Osasco-SP: Edifieo, 2008, n. 9: 187-222.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional.* 13ª edição. São Paulo: Malheiros, 2003.

CALLEJÓN, Francisco Balaguer, e outros. *Manual de Derecho Constitucional.* 5ª edição. Vol. 1. 2 vols. Madri: Editorial Tecnos, 2010.

CAMPOS, João Mota de. *Direito Comunitário.* 4ª edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição.* 2ª edição. Coimbra: Almedina, 1998.

COUTO, Juliano Ricardo de Vasconcelos Costa. “Constituição Europeia - Estado Supranacional Europeu?” *Revista do Instituto do Direito Brasileiro - RIDB.* Lisboa: Instituto do Direito Brasileiro/Faculdade de Direito de Lisboa, 2013, n. 7: 6761-6780. Disponível em: http://www.idb-fdul.com. Acesso em 26/7/2013

HESSE, Konrad. “Constituição e Direito Constitucional.” In: Temas *Fundamentais do Direito Constitucional*, por Carlos dos Santos ALMEIDA, Gilmar Ferreira MENDES e Inocêncio Mártires COELHO, tradução: Carlos dos Santos Almeida. São Paulo: Saraiva, 2009.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito.* 8ª edição. Tradução: João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

LAUREANO, Abel. Regime Jurídico Fundamental da União Européia anotado (Tratado Institutivo da Comunidade Européia anotado e Tratado da União Européia). Lisboa: Quid Júris, 1997.

MARTÍN, Araceli Mangas, e Diego J. Liñán NOGUERAS. *Instituciones y Derecho de La Unión Europea.* 7ª edição. Madri: Editorial Tecnos, 2012.

TAVARES, Fernando Horta. “O Direito da União Europeia: Autonomia e princípios.” *Faculdade Mineira de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (Brasil).* 2007. Disponível em: http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/2_2006/Docentes/pdf/Fernandoh.pdf. Acesso em 22/7/2013.

VILLAR, Gregorio Cámara. “Union Europea y Derechos Fundamentales.” In: *Manual de Derecho Constitucional*, por F. Balaguer CALLEJÓN. Madri: Editorial Tecnos, 2013.

# DELIBERAÇÕES E DECISÕES POR UNANIMIDADE: UMA ANÁLISE CRÍTICA DO TRATADO DA UNIÃO EUROPEIA À LUZ DO PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO

**Carlos Odon Lopes da Rocha**[104]

## INTRODUÇÃO

A União Europeia decorre de um projeto de integração supranacional criado com o objetivo de evitar a repetição das monstruosas experiências vivenciadas nas duas grandes guerras que devastaram o continente no século XX. Em síntese, a União Europeia nasce do medo da guerra, com a promessa de prosperidade entre os povos.

Embora seja impensável uma guerra entre os países europeus nos dias atuais, é certo, por outro lado, que a promessa de prosperidade está longe de ser alcançada, ainda mais diante da grave crise que assola a Europa desde 2008.

Além de reajustes fiscais e econômicos, a saída definitiva da crise exige da União Europeia uma retomada, no âmbito de sua atuação política, de princípios elementares que sempre nortearam – ou deveriam nortear - a sua existência.

Dizia Charles de Gaulle que a identidade de um povo encontra suas raízes em uma forma de vida particular. É o que os alemães chamam de volksgeist. Tais raízes, para que realmente haja uma comunidade comum europeia, devem ser espalhadas por todo continente, com vistas a formar uma identidade cultural com valores mínimos compartilhados. Entre os valores mínimos a serem compartilhados, podemos citar, indiscutivelmente, a democracia.

---

[104] Mestrando em Direito pelo Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP). Pós-graduado em Direito Público pelo IDP. Pós-graduado em Direito Processual Civil pela Universidade Anhanguera. Procurador do Distrito Federal. Advogado. Membro da Comissão de Advocacia Pública da Ordem dos Advogados do Brasil – Seccional do Distrito Federal (OAB/DF).

A democracia europeia, portanto, deve retratar e consolidar a história democrática compartilhada por nações como Espanha, Portugal, França, Itália, Alemanha etc. Conquistas jurídicas não podem ser olvidadas, mas, ao contrário, devem ser consolidadas na busca de soluções para a saída da crise.

Feitas essas considerações iniciais, oportuno discorrer, ainda que brevemente, a respeito da visão contemporânea de democracia, cujo adequado entendimento servirá de premissa teórica para uma análise crítica de alguns dispositivos do Tratado da União Europeia.

## 1. O PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO E A OBSERVÂNCIA DA REGRA MAJORITÁRIA

A teoria democrática tradicional e hegemônica afirma que a legitimidade do poder reside na vontade pré-definida do indivíduo e organizada pela regra da maioria, vez que a possibilidade da unanimidade é um voo imaginário em tempos de sociedades abertas, plurais e complexas.

Por sua vez, a teoria democrática deliberativa assevera que a tomada de decisão deve ser sustentada por meio da deliberação dos indivíduos em fóruns de debate e negociação. É o "*governo por meio do debate*" (expressão utilizada originariamente por Walter Bagehot), onde os cidadãos deliberam e trocam opiniões sobre os respectivos argumentos num exercício da razão discursiva (John Rawls).[105] Para que isso aconteça, torna-se imprescindível o pleno acesso e a ampla circulação da informação de interesse coletivo, possibilitando, assim, a intensa

---

[105] Apud SEN, Amartya. *A ideia de justiça*. Trad. Denise Bottmann/Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011, p. 358.

participação política, a interação pública e o diálogo sincero.[106] A vontade do indivíduo não é pré-definida, mas formada a partir de um processo de comunicação em espaços públicos formais e informais.

Diz Félix Ovejero:

> En un sentido general, la deliberación aparece como un procedimiento de toma de decisiones basado en una discusión pública en la que priman criterios de racionalidad e imparcialidad. La democracia deliberativa sería entonces un modelo de toma de las decisiones políticas en el que, de modo directo ou indirecto (a través de representantes), las personas afectadas por las decisiones participan en el processo deliberativo.[107]

Tanto na visão democrática hegemônica quanto na democracia deliberativa, os procedimentos próprios da organização do poder são mantidos, como, por exemplo, eleições periódicas, divisão de poderes e regra da maioria.

Vê-se, então, que o princípio democrático encontra fundamento (prático e político) na regra majoritária, dentre outras. No processo de tomada de decisão coletiva, decisiva e vinculativa, a regra majoritária confere concretude à ideia de igualdade intrínseca entre os participantes, ou seja, que nenhuma pessoa é superior a outra. Todos são iguais na formulação de seus próprios conceitos de vida boa e justiça, merecendo cada participante da deliberação igual consideração e respeito.

A regra da maioria também confere primazia ao princípio da utilidade, segundo o qual "*todos devem valer como um e ninguém como mais que um*" (Bentham)[108]. Locke e Rousseau recomendaram a unanimidade no instante do contrato original que forma o Estado, mas, daí em diante, a prevalência da

---

[106] HABERMAS, Jurgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. vol. II. Trad: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2011.

[107] OVEJERO, Félix. Incluso un pueblo de demonios: democracia, liberalismo, republicanismo. Buenos Aires: Katz conocimiento, 2008, p. 163.

[108] Apud DAHL, Robert A. *A Democracia e seus críticos*. Trad: Patrícia de Freitas Ribeiro. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 132.

maioria[109]. Segundo o domínio da maioria, todos os votos possuem idênticos pesos e foram igualmente contados.

O resultado obtido após a contagem, observada a regra da maioria, maximiza, ainda, o número de pessoas que podem exercer a autodeterminação nas decisões coletivas, isto é, maximiza a liberdade individual e a racionalidade da maioria dos participantes, que, no âmbito coletivo, viverão sob normas que escolheram para si próprios.[110]

Sem adentrar na discussão sobre versão forte ou fraca do domínio da maioria, eis a explicação de Robert A. Dahl a respeito da referida regra majoritária:

> (...) Se os participantes consideram uns aos outros como iguais políticos – se eles acreditam firmemente que ninguém entre eles deve ser tratado como se fosse mais privilegiado politicamente que os outros - (...) pensarão, sem dúvida, que não se deve permitir que uma minoria dentre eles prevaleça sobre a maioria. (...) Se a minoria sempre pudesse vetar as decisões da maioria, o efeito prático disso seria o domínio da minoria, não é? Consequentemente, uma vez que os membros de algum grupo se vejam como iguais políticos que devem se governar por meio do processo democrático, a versão forte do domínio da maioria provavelmente parecerá mais apropriada e aceitável que qualquer alternativa a ela[111].

## 2. REGRA DA MAIORIA E PROTEÇÃO DA MINORIA. PERMANENTE TENSÃO E NECESSÁRIA CONCILIAÇÃO ENTRE DEMOCRACIA E CONSTITUCIONALISMO

---

[109] Idem, p. 211.

[110] Idem, p. 213/216.

[111] Idem, p. 213/214. Afirma o autor, ainda, que “no estágio decisivo das decisões coletivas, cada cidadão deve ter assegurada uma oportunidade igual de expressar uma escolha que será contada como igual em peso à escolha expressa por qualquer outro cidadão. Na determinação de resultados no estágio decisivo, essas escolhas, e somente essas, deverão ser levadas em consideração” (p. 172).

O Estado democrático de direito é a síntese entre constitucionalismo (*Rule of law*) e democracia (governo da maioria). A tensão entre ambos reside no fato de que a vontade majoritária pode ser impedida de deliberar diante de determinados conteúdos e valores substanciais ou processuais previstos na Constituição (direitos fundamentais).

A proteção da minoria é alcançada com liberdades fundamentais, decorrentes do valor primordial da dignidade da pessoa. Assim, no Estado de direito, a democracia (regra da maioria com participantes em iguais condições de exposição, discussão e argumentação) sempre permanecerá em contínua tensão, assim como em permanente conciliação com o constitucionalismo.

Essa constante tensão (e conciliação) entre democracia e constitucionalismo encontra seu ápice no controle de constitucionalidade das leis e, consequentemente, na legitimidade da jurisdição constitucional. Institui-se uma Corte constitucional com finalidade essencialmente contra majoritária, quer dizer, com o intuito de suspender ou eliminar atos normativos editados pelo Poder Legislativo (órgão de representação da vontade majoritária), se contrários a regras e princípios constitucionais.

Logo, a regra majoritária não significa "*tirania da maioria*" em face da minoria. A democracia, dentro do Estado de direito, é limitada pelo constitucionalismo. Vale dizer, a regra majoritária somente deve ser aplicada em assuntos que estejam abertos à deliberação política, isto é, assuntos disponíveis ao legítimo jogo de poderes. Direitos primários ou morais da minoria (direitos fundamentais) não estão suscetíveis de apreciação no debate político ordinário, por opção de uma decisão política de envergadura hierarquicamente superior (Constituição).

O debate democrático busca a realização progressiva de valores essenciais da convivência humana em sociedade. Ao atingir tais valores, através de um consenso mínimo, são criados os direitos fundamentais do indivíduo. E tais direitos são colocados, a partir daí, à margem de qualquer decisão majoritária momentânea e ocasional.

Em outras palavras, a Lei Fundamental possui duas funções primordiais: a) veicular consensos mínimos e essenciais para a dignidade da pessoa e para a harmônica convivência social, que não podem ser reduzidos por maiorias políticas ocasionais; b) garantir o espaço próprio do pluralismo político, consistente nas deliberações e decisões coletivas que não podem ser subtraídas dos órgãos de legítima representação popular.

O constitucionalismo moderno nasce a partir das concepções filosóficas do Iluminismo, com a finalidade de limitar o poder estatal por meio de uma lei suprema (Constituição). Esta limitação ocorre em proveito da dignidade humana, valor conquistado após séculos de derramamento de sangue inocente.

Embora no plano religioso a dignidade humana esteja relacionada ao judaísmo e ao cristianismo, com base na ideia de que o homem foi feito à imagem e semelhança de Deus, no plano jurídico ela recebeu, em 1215, os primeiros contornos com a *Magna Charta Libertatum* (constitucionalismo antigo) e, posteriormente, de forma mais nítida, com a *Petition of Rights* (1628), o *Habeas Corpus Amendment Act* (1679) e o *Bill of Rights* (1689), na Inglaterra; bem como a Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia (1776), nos Estados Unidos da América (constitucionalismo moderno).

Os direitos fundamentais limitam, então, os campos de atuação da maioria política, sendo denominados justamente fundamentais, segundo Dalmo de Abreu Dallari,

> (...) porque sem eles a pessoa humana não consegue existir ou não é capaz de se desenvolver e de participar plenamente da vida. Todos os seres humanos devem ter assegurados, desde o nascimento, as condições mínimas necessárias para se tornarem úteis à humanidade, como também devem ter a possibilidade de receber os benefícios que a vida em sociedade pode proporcionar.[112]

---

[112] DALLARI, Dalmo de Abreu. *Direitos humanos e cidadania*. São Paulo: Moderna, 1998, p. 7.

# 3. DA INCOMPATIBILIDADE DE ALGUNS DISPOSITIVOS DO TRATADO DA UNIÃO EUROPEIA COM O PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO (E A REGRA MAJORITÁRIA)

Convém ressaltar, desde logo, que no preâmbulo do Tratado há a declaração de que uma nova fase no processo de integração europeia inspirar-se-á em valores universais, dentre eles a democracia. Além de confirmar o seu apego ao princípio da democracia, a União Europeia busca reforçar o caráter democrático e a eficácia do funcionamento das instituições.

Em seguida, o art. 1º (Título I – Disposições comuns) dispõe que

> (...) o presente Tratado assinala uma nova etapa no processo de criação de uma união cada vez mais estreita entre os povos da Europa, em que as decisões serão tomadas de uma forma tão aberta quanto possível e ao nível mais próximo possível dos cidadãos.

Ademais, no art. 2º resta consignado que a União Europeia funda-se nos valores do respeito pela dignidade humana, da liberdade, da democracia, da igualdade, do Estado de direito e do respeito pelos direitos do Homem. Estes valores são comuns aos Estados-membros, numa sociedade caracterizada pelo pluralismo, a não discriminação, a tolerância, a justiça, a solidariedade e a igualdade entre homens e mulheres.

Decorre do princípio democrático, como visto anteriormente, a ideia de deliberação (e decisão) majoritária. A democracia impõe uma observância de critérios majoritários quando da tomada de decisão pela estrutura de poder, vale dizer, as deliberações e decisões devem ser tomadas por maioria (relativa, absoluta ou qualificada), nunca por unanimidade.

Nas deliberações por unanimidade ou todos os integrantes concordam ou há rejeição da proposta. Em tais deliberações, portanto, prevalece a vontade da minoria, pois o posicionamento contrário ou veto de um único membro pertencente à determinada instituição da União (p.ex, Conselho Europeu ou Conselho) será suficiente para que o mesmo logre êxito. Uma “*minoria absoluta*” (um único voto) é

capaz de não apenas bloquear a maioria como também fazer valer a sua vontade na deliberação coletiva. Trata-se de processo verdadeiramente antidemocrático. Cuida-se de uma “*ditadura da minoria*”.

Apesar de tais observações, consta, paradoxalmente, em diversos dispositivos do Tratado da União Europeia, que a deliberação ou decisão coletiva será tomada por unanimidade.

Em que pese o caráter democrático estar inserido no funcionamento das instituições europeias, conforme determinação expressa do preâmbulo do Tratado, é possível constatar que:

a) o Conselho Europeu, deliberando por unanimidade, sob proposta de um terço dos Estados-Membros ou da Comissão Europeia, e após aprovação do Parlamento Europeu, pode verificar a existência de uma violação grave e persistente, por parte de um Estado-Membro, dos valores referidos no artigo 2º, após ter convidado esse Estado-Membro a apresentar as suas observações sobre a questão (art. 7º- 2);

b) o Conselho Europeu adota por unanimidade, por iniciativa do Parlamento Europeu e com a aprovação deste, uma decisão que determine a composição do Parlamento Europeu, na observância dos princípios democráticos referidos no primeiro parágrafo (art. 14º - 2);

c) a partir de 1 de novembro de 2014, a Comissão é composta por um número de membros, incluindo o seu Presidente e o Alto Representante da União para os Negócios Estrangeiros e a Política de Segurança, correspondente a dois terços do número dos Estados-Membros, a menos que o Conselho Europeu, deliberando por unanimidade, decida alterar esse número (art. 17º - 5);

d) o Conselho Europeu delibera por unanimidade a respeito da identificação dos interesses e objetivos estratégicos da União Europeia (art. 22º - 1);

e) a política externa e de segurança comum está sujeita a regras e procedimentos específicos, sendo definidas e executadas pelo Conselho Europeu e pelo Conselho, que deliberam por unanimidade, salvo disposição em contrário dos Tratados (art. 24º - 1);

f) as decisões ao abrigo do presente capítulo (política externa e segurança comum) são tomadas pelo Conselho Europeu e pelo Conselho,

deliberando por unanimidade, salvo disposição em contrário do presente capítulo (art. 31º - 1);

g) o Conselho Europeu pode adotar, por unanimidade, uma decisão que determine que o Conselho delibere por maioria qualificada em casos que não sejam os previstos no n.º 2;

h) as despesas operacionais decorrentes da aplicação do presente capítulo ficarão igualmente a cargo do orçamento da União, com exceção das despesas decorrentes de operações que tenham implicações no domínio militar ou da defesa e nos casos em que o Conselho, deliberando por unanimidade, decida em contrário. Nos casos em que as despesas não sejam imputadas ao orçamento da União, ficarão a cargo dos Estados-Membros, de acordo com a chave de repartição baseada no produto nacional bruto, salvo decisão em contrário do Conselho, deliberando por unanimidade (art. 41º - 2);

i) a política comum de segurança e defesa inclui a definição gradual de uma política de defesa comum da União. A política comum de segurança e defesa conduzirá a uma defesa comum logo que o Conselho Europeu, deliberando por unanimidade, assim o decida (art. 42º - 2);

j) as decisões relativas à política comum de segurança e defesa, incluindo as que digam respeito ao lançamento de uma missão referida no presente artigo, são adotadas pelo Conselho, deliberando por unanimidade, sob proposta do Alto Representante da União para os Negócios Estrangeiros e a Política de Segurança ou por iniciativa de um Estado-Membro (art. 42º - 4);

l) as decisões e as recomendações do Conselho no âmbito da cooperação estruturada permanente, que não sejam as previstas nos n.º 2 a 5, são adotadas por unanimidade. Para efeitos do presente número, a unanimidade é constituída exclusivamente pelos votos dos representantes dos Estados-Membros participantes (art. 46º - 6);

m) o Conselho Europeu pode adotar uma decisão que altere todas ou parte das disposições da Parte III do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia. O Conselho Europeu delibera por unanimidade, após consulta ao Parlamento Europeu e à Comissão, bem como ao Banco Central Europeu em caso de alterações institucionais no domínio monetário. Para a adoção das decisões a

que se referem o primeiro ou segundo parágrafos, o Conselho Europeu delibera por unanimidade, após aprovação do Parlamento Europeu, que se pronuncia por maioria dos membros que o compõem (art. 48º - 6 e 7);

n) qualquer Estado europeu que respeite os valores referidos no artigo 2º e esteja empenhado em promovê-los pode pedir para se tornar membro da União. O Parlamento Europeu e os Parlamentos nacionais são informados desse pedido. O Estado requerente dirige o seu pedido ao Conselho, que se pronuncia por unanimidade, após ter consultado a Comissão e após aprovação do Parlamento Europeu, que se pronunciará por maioria dos membros que o compõem. São tidos em conta os critérios de elegibilidade aprovados pelo Conselho Europeu (art. 49º);

o) os Tratados deixam de ser aplicáveis ao Estado em causa a partir da data de entrada em vigor do acordo de saída ou, na falta deste, dois anos após a notificação referida no n.º 2, a menos que o Conselho Europeu, com o acordo do Estado-Membro em causa, decida, por unanimidade, prorrogar esse prazo (art. 50º - 3).

Em suma, a unanimidade é lesiva ao princípio democrático e à sua regra intrínseca de prevalência da maioria. No espaço de deliberação democrática, especialmente no âmbito de sociedades pós-modernas, plurais e complexas, a unificação da opinião é (quase totalmente) impossível. Salvo discussões simplistas – o que é cada vez mais raro no mundo contemporâneo -, a unanimidade de opiniões só pode ser alcançada no silêncio do cemitério.

## CONCLUSÃO

Portanto, o povo europeu, para que seja um único e só povo, deve nascer de ideais compartilhados por espanhóis, portugueses, italianos, franceses, alemães etc. Contudo, o Tratado da União Europeia, ao invés de representar uma consolidação das tradições culturais dos países-membros e uma projeção de esperança na constituição de um povo em comum, desrespeita alguns valores

elementares que são compartilhados por seus povos integrantes, dentre eles a democracia.

A identidade do povo europeu deve nascer e se firmar definitivamente, não podendo transigir com valores culturais mínimos, que são frutos de conquistas históricas através dos séculos e que inspiraram centenas de outros povos pelo mundo afora. Assim como o atentado de 11 de setembro de 2001 ao World Trade Center devolveu ao Ocidente a sua identidade comum (Samuel Huntington), a crise europeia de 2008 proporcionará aos europeus a edificação e consolidação de sua identidade comum, o que passará, obrigatoriamente, pela alteração de alguns dispositivos do Tratado da União Europeia.

A democracia, através da regra majoritária, confere maior probabilidade de gerar decisões substancialmente corretas. Aristóteles, lembra Robert A. Dahl, acreditava que os juízos combinados de várias pessoas diferentes tendem a ser mais sábios e menos sujeitos a graves erros que os juízos de uma ou poucas pessoas[113]. A deliberação por unanimidade faz prevalecer a vontade de uma “minoria absoluta” (um único voto) na tomada de decisão coletiva. A unanimidade, destarte, é antidemocrática e ditatorial, pois deixa os demais à mercê de um só participante.

Por fim, o constitucionalismo impõe o dever de afastar da deliberação política democrática alguns valores indisponíveis (direitos fundamentais), com vistas a garantir a existência da minoria e a possibilidade de se tornar, futuramente, maioria. Mas a matéria suscetível de apreciação, uma vez colocada em deliberação, deve obedecer a regra majoritária, sob pena de se instaurar uma “tirania da minoria” e, por conseguinte, ofender o princípio democrático.

Por outro lado, a democracia, de certo modo, não deixa de ser uma fachada ideológica de dominação, cabendo ao intérprete apenas compreender que a dominação há de ser conduzida pela maioria. As desigualdades nas relações de poder são inerentes nas relações humanas e inevitáveis nas organizações sociais,

---

[113] Idem, p. 221

sendo a regra majoritária uma justificativa racional para amenizar os infortúnios inerentes a toda e qualquer dominação.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

DAHL, Robert A. *A Democracia e seus críticos*. Trad: Patrícia de Freitas Ribeiro. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Direitos humanos e cidadania*. São Paulo: Moderna, 1998.

HABERMAS, Jurgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. vol. II. Trad: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2011

OVEJERO, Félix. Incluso un pueblo de demonios: democracia, liberalismo, republicanismo. Buenos Aires: Katz conocimiento, 2008.

SEN, Amartya. *A ideia de justiça*. Trad. Denise Bottmann/Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011

# ESTADO CONSTITUCIONAL COOPERATIVO: A DINÂMICA EUROPEIA E SEUS CONTORNOS NO BRASIL

**Everaldo Magalhães Andrade Júnior**[114]

## INTRODUÇÃO

No mundo contemporâneo, onde o desenvolvimento interno exige o entrelaçamento de relações de cooperação internacional, discute-se em diversos países a necessidade de abertura do Estado constitucional para as relações supranacionais.

Parte-se da premissa de que a intensificação das relações internacionais cumpre um estágio necessário para o resguardo de direitos humanos, estabilização democrática e defesa da paz.

Além disso, o vetor econômico internacional exige uma interação Estatal cada vez mais intensa que passa por uma redefinição política de procedimentos, competências e integração supranacional.

Nesse sentido, discute-se no presente ensaio a abertura internacional em um Estado constitucional cooperativo, cujo grande expoente é Peter Häberle, e seus contornos no Brasil.

Pretende-se demonstrar os grandes avanços trazidos pela Constituição Federal de 1988 na diretiva para cooperação brasileira no cenário internacional e pela atual posição do Supremo Tribunal Federal sobre a integração de tratados internacionais de direitos humanos. Em tempo, propõe-se um novo avanço do texto constitucional para permitir a continuidade de evolução da abertura do Brasil para o direito comunitário.

---

[114] ANDRADE JÚNIOR, Everaldo Magalhães. Mestrando em Direto e Sociedade na área de concentração Direito Constitucional pelo Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP/2013-2015). Pós-graduado em Direito Processual Civil pela União de Ensino Superior de Diamantino (UNED/2011). Advogado e Assessor Parlamentar no Senado Federal.

## 2. ESTADO CONSTITUCIONAL COOPERATIVO

Expoente de um Estado constitucional cooperativo, Peter Häberle o conceitua como decorrência própria de um Estado constitucional idealizador, correspondente a desenvolvimentos de um Direito Internacional cooperativo, que trata ativamente da questão dos outros Estados, de instituições internacionais, supranacionais e dos cidadãos estrangeiros[115].

O Estado constitucional, para Häberle, não pode existir a longo prazo sem uma abertura para o externo. O Estado constitucional deve exercer abertura com outros Estados, comunidades de Estados e organizações internacionais. Essa abertura o torna um Estado Constitucional cooperativo na busca de um Direito Internacional Comunitário.

A relação entre Estado Constitucional e Direito Internacional deve ser de desenvolvimento em conjunto de um mesmo "todo", não havendo o começo de um com o término do outro ou a existência de normas internacionais paraconstitucionais, mesmo proveniente de tratado internacional de direitos humanos.

O oposto de Estado constitucional cooperativo seria o Estado constitucional egoísta, individualista e que atua de modo agressivo no cenário externo, formando uma sociedade fechada, como a ex-União Soviética, ou selvagem, como países em desenvolvimento democrático inicial.

---

[115] HÄBERLE, Peter. Estado Constitucional Cooperativo. Tradução do original em alemão por Marcos Augusto Maliska e Elisete Antoniuk. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 6-7.

Häberle indica que as causas para o seu surgimento e evolução são complexas, mas, em primeiro plano, aponta dois fatores: o lado sociológico-econômico e o lado ideal-moral[116].

A interdependência econômica seria um fator importante e propulsor que levaria a cooperação dos Estados constitucionais. Da mesma forma que a origem do "Estado Europeu" é relacionado a economia, com maior razão deve-se considerar esse aspecto para o Estado constitucional cooperativo.

A implicação das relações econômicas entre os Estados soberanos teriam reflexos sobre normas constitucionais a partir do momento em que se reconhecem competências jurídicas, objetivos, procedimentos e conceitos inter-relacionados aos objetos próprios de Direito Público Estatal.

A conotação ideal-moral, por sua vez, seria a própria ideologia de uma constituição aberta, identificadas pelas normas diretivas que preveem "a formação de uma sociedade comunitária", "a responsabilidade no plano internacional", "a paz mundial" e "a proteção dos direitos fundamentais e humanos". Assim, o Estado constitucional cooperativo deve ser aberto para o internacional, considerando e integralizando o ente estrangeiro e seus cidadãos.

Häberle destaca, entretanto, que o Estado constitucional cooperativo ainda não atingiu sua completude, especialmente na estrutura, processos, tarefas e competências, mas isso não o torna inoperante; pelo contrário, revela um estímulo ao desenvolvimento de um modelo mais acertado.

O maior risco seria a aberturar demasiada do Estado cooperativo de modo que se possa ficar exposto aos Estados "selvagens"[117]. Apesar da "força de atração" ser grande e ser possível seu crescimento a patamares mundiais, não se deve esquecer que as conquistas do Estado cooperativo se encontram ameaçadas constantemente e que a identificação de valores são muito diversos em alguns países, sendo arriscado a cooperação com países autoritários e antidemocráticos,

---

[116] HÄBERLE, Peter². *El Estado Constitucional*. 1A. REIMP. Trad. Hector Fix-Fierro. México: Universidad Nacional Autônoma de México, 2003, p. 68.

[117] Para o Autor, seria, por exemplo, os Estados que se encontravam na ex-Iugoslávia.

cuja relação entre Estado Constitucional e relações internacionais se revela ambivalente[118]. Ainda assim, apesar dos riscos, o balanço no caminho para a estabilidade constitucional cooperativa se mostra positivo[119].

De qualquer modo, é inegável que a abertura do texto constitucional nacional para relações supranacionais ou internacionais é uma tendência nas Constituições contemporâneas, mormente para viabilizar a defesa da paz e dos direitos humanos. Abertura que, por vezes, chega a possibilitar a transferência de soberanias para órgãos supranacionais, como surgido a partir da Constituição da Itália de 1947 (art. 11), passando pela Lei Fundamental da República da Alemanha de 1949 (art. 24, inc. I), pela Constituição grega de 1975 (art. 28, inc. 2) e chegando a Constituição da Suécia de 1975 (art. 10, § 5º, inc. 3)[120], sendo que a partir de 1989, o Conselho de Europa começou a exigir dos países pós-socialistas da Europa oriental condições elementares para sua adesão que considera, entre outros pontos, os direitos humanos e a proteção da minoria

Os Estados constitucionais não devem mais existir “para si”, mas possibilitando a constituição de uma comunidade universal aberta. Deve relacionar “para fora” com os mesmos valores que considera no interno como elementos de sua identificação.[121].

O Estado Constitucional cooperativo, portanto, é o modelo Estatal que permite o contínuo desenvolvimento a partir das relações comunitárias. É o Estado ativo na condução de uma integralização no plano internacional, adaptando-se as demandas de um mundo globalizado e de contribuições mútuas entre os Estados.

---

[118] HÄBERLE, Peter². *Op. Cit.*, p. 69.

[119] HÄBERLE, Peter. *Op. Cit.*, p. 21-22.

[120] HÄBERLE, Peter². *Op. Cit.*, p. 74.

[121] HÄBERLE, Peter². *Op. Cit.*, p. 75-76.

# 3. DIREITO CONSTITUCIONAL DA UNIÃO EUROPEIA

Os avanços de um Estado constitucional cooperativo na União Europeia tem se mostrado cada vez mais intensos. O processo de integração tem se transformado em um processo de constitucionalização, como se pode notar da elaboração e proclamação da Cara de Direitos Fundamentais da União Europeia no ano 2000, na elaboração do projeto de Tratado Constitucional em 2004 e da posterior incorporação da quase integralidade de seu conteúdo no Tratado de Lisboa em 2007[122].

O processo de constitucionalização se intensificou pela necessidade de mecanismos constitucionais que permitem um controle dos poderes políticos em visível fortalecimento na integração dos Estados, necessário para que sejam compatíveis com o modelo democrático exercidos no âmbito interno dos Estados membros.

Essa intensificação atual é decorrente de falha na construção da base economista na comunidade europeia, que errou por não possuir as necessárias capacidades políticas de controle a nível europeu. No momento do "Pacto para a Europa" confiou-se em compromissos não vinculantes e antidemocráticos, restando ausentes à delimitação de competências à União Europeia para a harmonização das economias nacionais, que possuem grandes diferenças[123].

É inegável, aliás, que o direito e a política sempre caminharam juntos, desde o início, quando o direito emanado pelo poder do rei advinha de forças míticas, passando pelo direito natural religioso, até chegar a completa diferenciação

---

[122] CALLEJÓN, Francisco Balaguer – Coordenador. *Manual de Derecho Constitucional, volume I*. Quinta Edición, atualizada a septiembre de 2010. Tecnos: Madrid. 2010, p. 195.

[123] HABERMAS, Jürgen. Um ensaio sobre a constituição da Europa. Tradução Marian Toldy e Teresa Toldy. Lisboa: Edições 70, 2012, p. 67.

do direito com o *ethos* da sociedade, quando se conseguiu alcançar uma racionalidade razoável pela canalização jurídica do exercício do poder.

Para Jürgen Habermas, seria através da juridicização democrática do exercício do poder político que se desenvolve uma força racionalizadora e civilizadora na esfera política. E, sobre o desenvolvimento jurídico da política na União Europeia, completa:

> "(...) é possível uma transnacionalidade da soberania dos povos na forma de uma confederação de Estados nacionais. Por um lado, os Estados nacionais subordinam-se ao direito estabelecido a nível supranacional; por outro, a totalidade dos cidadãos da União partilha o poder constituinte com um número limitado de Estados constituintes que recebem das suas populações um mandato para colaborar na fundação de uma comunidade supranacional"[124].

Essa incompletude do Direito europeu, faz com as normas constitucionais dos Estados membros o integrem, incorporando princípios e servindo para interpretação de normas europeias oriundas de suas tradições (52.3[125] e 53[126] da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia), mormente por sua formação baseada nas tradições constitucionais comuns (art. 6.2 TUE).

Apesar de incompleto e lacunoso, chega-se a discutir se, no atual estágio de desenvolvimento do processo de constitucionalização europeia, já exista o que se pode entender por texto constitucional comunitário. Nesse particular, há quem defenda que não é conveniente uma Constituição para a Europa (J. Weiler),

---

[124] HABERMAS, Jürgen. *Op. Cit.*, p. 70.

[125] "52º. 3. Na medida em que a presente Carta contenha direitos correspondentes aos direitos garantidos pela Convenção europeia para a proteção dos direitos do Homem e das liberdades fundamentais, o sentido e o âmbito desses direitos são iguais aos conferidos por essa convenção, a não ser que a presente Carta garanta uma proteção mais extensa ou mais ampla. Esta disposição não obsta a que o direito da União confira uma proteção mais ampla".

[126] "Nenhuma disposição da presente Carta deve ser interpretada no sentido de restringir ou lesar os direitos do Homem e as liberdades fundamentais reconhecidos, nos respectivos âmbitos de aplicação, pelo direito da União, o direito internacional e as convenções internacionais em que são partes a União, a Comunidade ou todos os Estados-Membros, nomeadamente a Convenção europeia para a proteção dos direitos do Homem e das liberdades fundamentais, bem como pelas Constituições dos Estados-Membros".

passando por quem entenda que um texto constitucional não seria necessário, por já existir um modelo constitucional multinível ou composto (I. Pernice), chegando a quem propugne que não é possível uma Constituição pelas atuais condições específicas da comunidade (D. Grimm)[127].

O que se pode afirmar é que o modelo constitucional europeu está em forte processo de realização, suprindo as condições sociais e políticas, e seu modelo atual é mais relacionado com uma Constituição nominal, pelo texto do Tratado Constitucional e do Tratado de Lisboa, do que propriamente normativa[128].

A constituição normativa é, no entanto, a mais esperada e essencial ao modelo buscado pela União Europeia, por afirmar elementos básicos indispensáveis como o pluralismo político, democracia e jurisdição constitucional, e deve ser objeto de afirmação no decorrer do processo de constitucionalização.

## 4. RELAÇÃO ENTRE NORMAS DA UNIÃO EUROPEIA E ORDENAMENTO INTERNO

O Direito europeu é um ordenamento jurídico próprio, dotado de autonomia dos Estados membros, produzido e aplicado por órgãos comunitários que possuem garantias jurisdicionais que possibilitam sua eficácia. É um sistema jurídico peculiar, que pode ser considerado híbrido, em que adota um procedimento

---

[127] CALLEJÓN, Francisco Balaguer – Coordenador. *Op. cit.*, p. 213.

[128] CALLEJÓN, Francisco Balaguer – Coordenador. *Op. Cit.*, p. 215.

autônomo para criação de direito, como mecanismos de decisão extraordinários de caráter intergovernamental, ou instrumentos de Direito Internacional[129].

Nesse modelo, a ausência de uma Constituição normativa tem impedido a solução de conflitos entre ordenamento europeu e normas constitucionais internas. Está ausente um texto legal superior e fundamental que proporcione legitimidade e parâmetros para a criação e aplicação das demais normas.

De qualquer modo, é certo que, com a intensificação do processo de integração e constitucionalização da comunidade europeia, se nota a cessão de poderes constituintes do ente Estatal para instância supranacionais.

Quanto às normas infraconstitucionais, os princípios de efeito direito e da primazia do Direito comunitário sobre as normas internas dirimem qualquer dúvida quanto a sua validade e aplicação. As normas europeias integram o sistema jurídico dos Estados membros e se impõe a seus órgãos jurisdicionais, que devem abster-se da aplicação de norma interna que contrarie norma comunitária.

Para o Tribunal Constitucional do Reino da Espanha o conflito de normas da União Europeia com normas infraconstitucionais dos estados membros não são passíveis de controle de constitucionalidade pelo Tribunal, por não envolver matéria constitucional, mas se relacionar com a seleção do legítimo Direito a ser aplicado ao caso, sob jurisdição, desse modo, do órgão judicial competente para apreciar o litígio. Essa posição, no entanto, sofre críticas da doutrina, que, apesar de entender que não é o caso de intervenção do Tribunal, admite a violão a norma constitucional como se percebe:

> "Frente a La doctrina del TC en este punto, hay que decir que, cada vez que una norma legal interna contradice una norma comunitaria dictada en el ejercicio legítimo de las competencias de la Unión Europea, nos encontramos con una vulneración por el legislador del orden constitucional de competencias, y específicamente del artículo 93 CE. Todo ello, con independencia de los supuestos en los que, como indica Miguel Azpitarte, en relación con las SSTC 58/2004 y 194/1996, la naturaleza constitucional del problema que se plantea

---

[129] CALLEJÓN, Francisco Balaguer – Coordenador. *Op. Cit.*, p. 246.

> en relación con la aplicación del Derecho europeo se deriva de la lesión de otros preceptos constitucionales”[130].

Em relação à colisão entre normas do direito europeu e normas estatais de nível constitucional, é importante realçar que o princípio da primazia do Direito da União Europeia não é esvaziado. Não existe, tampouco, um mecanismo que permite a compatibilização constitucional da norma comunitária de modo célere a permitir a imediata aplicação da norma europeia.

Os Tribunais Constitucionais Estatais diante desses conflitos, por vezes, têm se posicionado no sentido de resguardo da aplicação dos dispositivos constitucionais Estatais, posto que a integração à União Europeia não diminuiu a vinculação dos poderes públicos à Constituição.

A partir desses conflitos tem-se discutido teorias sobre os denominados “contralimites”, que seriam os dispositivos constitucionais internos, formados por princípios essenciais do ordenamento constitucional do Estado, destinados a formar um núcleo de resistência ao Direito europeu. Tentou-se incluir esses contralimites no Tratado Constitucional e no Tratado de Lisboa, como sendo os dispositivos constitucionais que formam a identidade nacional dos Estados, suas estruturas fundamentais políticas e constitucionais e autonomias local e regional[131].

Note-se, portanto, que se discute no próprio seio da União Europeia a necessidade de se respeitar determinados dispositivos fundamentais das constituições dos estados, o que, de modo reflexo, enfraquece o princípio da primazia. A solução completa das dúvidas, no entanto, dependerá mesmo da existência de uma Constituição europeia legítima e vinculante com termos claros e definitivos sobre o tema.

## 5. O BRASIL NO CENÁRIO CONSTITUCIONAL COOPERATIVO.

---

[130] CALLEJÓN, Francisco Balaguer – Coordenador. *Op. Cit.*, p. 249.

[131] CALLEJÓN, Francisco Balaguer – Coordenador. *Op. Cit.*, p. 251.

A Constituição Federal de 1988 trouxe, sem dúvidas, importantes diretivas para uma abertura do Brasil em uma atuação ativa junto às relações externas. Assim se percebe dos princípios regedores da atuação brasileira nas relações internacionais previstas no art. 4º da Constituição, em especial seu inciso IX[132], e da previsão integradora dos direitos humanos, como direito fundamental, estampado no § 2º do art. 5º[133].

Essa abertura para a cooperação com outros Estados, parte, em um primeiro estágio, da ratificação de inúmeros tratados internacionais globais e regionais voltados à proteção dos direitos humanos, em especial da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, conhecida como Pacto São José da Costa Rica (1969) promulgado em 1992.

Pela evolução cooperativa do texto Constitucional de 1998 na proteção dos direitos humanos, era defendido, por grande parte dos constitucionalistas, que os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil teriam *status* de norma constitucional e aplicação imediata no sistema jurídico interno, como se percebe das lições do Professor Valério Mazzuoli:

> "(...) se a Constituição estabelece que os direitos e garantias nela elencados 'não excluem' outros provenientes dos tratados internacionais 'em que a República Federativa do Brasil seja parte', é porque está a autorizar que esses direitos e garantias internacionais constantes dos tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil 'se incluem' no nosso ordenamento jurídico interno, passando a ser considerados como se escritos na Constituição estivessem. É dizer, se os direitos e garantias expressos no texto constitucional 'não excluem' outros provenientes dos tratados internacionais em que o Brasil seja parte, é porque, pela lógica, na medida em que tais

---

[132] "Art. 4º. A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: IX – cooperação entre os povos para o progresso da humanidade;"

[133] "§ 2º Os direitos e garantis expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte".

> instrumentos passam a assegurar outros direitos protegidos, a Constituição 'os inclui' no seu catálogo de direitos protegidos, ampliando o seu 'bloco de constitucionalidade'"[134].

Outros doutrinadores, mais radicais, ainda chegavam a propugnar a supraconstitucionalidade da norma protetiva de direitos humanos proveniente de tratados internacionais, como é o caso de Celso D. de Albuquerque Mello, para quem "*a norma internacional prevalece sobre a norma constitucional, mesmo naquele caso em que uma norma constitucional posterior tente revoga uma norma internacional constitucionalizada*"[135].

Acreditava-se em avanço até então inédito do texto constitucional ao garantir uma dupla fonte normativa, uma proveniente do direito interno e a outra advinda do ordenamento internacional. Tratava-se, pois, de uma evolução indubitável do Brasil na abertura para as relações internacionais, nos mesmos moldes de outras constituições contemporâneas cooperativas.

Um avanço efetivo, no entanto, foi impedido pelo entendimento do Supremo Tribunal Federal (STF) que, por um longo período de tempo, adotou o posicionamento de que todos os tratados firmados pelo Brasil, inclusive os relativos a direitos humanos, após serem integralizados no direito interno seriam equivalentes às leis ordinárias. Os fundamentos dessa posição estaria relacionado à ausência de legitimidade das normas internacionais na superação ou complementação de normas constitucionais em matéria de direitos fundamentais.

Esse entendimento foi adotado em período anterior a promulgação da Constituição Federal de 1988, no julgamento do Recurso Extraordinário (RE) n. 80.004/SE, em 1º de junho de 1977. Mas essa questão foi novamente enfrentada pelo STF no julgamento do Habeas Corpus (HC) n. 72.131/RJ, em 22 de novembro de 1995, oportunidade em que se sedimentou a posição do *status* de lei ordinária da norma advinda de tratados internacionais, reafirmando a posição pré-constitucional.

---

[134] MAZZUOLI, Valério de Oliveira. O controle jurisdicional da convencionalidade das leis. 2. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, 28-29.

[135] MELLO, Celso D. Albuquerque. Teoria dos Direitos Fundamentais. 2 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 25.

Essa posição do STF bloqueou o pretenso avanço que se pretendia pelo texto constitucional e foi encarada com duras críticas pelos pesquisadores da matéria, como Cançado Trindade que chegou a qualificar a posição do Supremo como "*lamentável falta de vontade*" e "*apego sem reflexão a uma postura anacrônica*"[136].

O cenário limitador da abertura constitucional brasileira só começou a se modificar a partir de outro direcionamento do próprio legislador constituinte com a Emenda Constitucional (EC) n. 45, de 8 de dezembro de 2004, que incluiu o § 3º[137] ao art. 5º, prevendo a possibilidade de equivalência dos tratados internacionais de direitos humanos com emendas constitucionais, desde que aprovados por três quintos dos votos dos membros de cada Casa do Congresso Nacional em dois turnos.

O dispositivo da novel EC, que é muito semelhante com o art. 79, §§ 1º e 2º da Lei Fundamental alemã, foi editada para tentar sufragar a contradição de entendimentos entre doutrina e jurisprudência, tornando o texto mais claro. A norma recebeu pesadas críticas de doutrinadores, como Mazzuoli, para quem o legislador "*além de demonstrar total desconhecimento dos princípios do contemporâneo direito internacional público, (...) traz consigo o velho e arraigado ranço da já ultrapassada noção de soberania absolutista, que todos fazem questão de esquecer*". Para o professor Mazzuoli, o legislador deveria ter deixado claro o sentido de que os tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil possuem equivalência de norma constitucional e aplicação imediata no ordenamento interno e, em caso de ser mais benéfica, possui força superior a norma constitucional[138].

---

[136] CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Tratado de direito internacional dos direitos humanos, vol. III. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003, p. 623, nota n. 71.

[137] "§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais".

[138] MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Op. cit., 37-40.

Apesar das críticas, a norma conseguiu trazer influências positivas junto ao Supremo Tribunal Federal, no sentido de permitir o avanço de seu entendimento do ponto de vista da abertura internacional. No julgamento do HC n. 87.585/TO e do RE n. 466.343/SP, por cinco votos a quatro, a Corte Suprema reconheceu que os tratados de direitos, quando não aprovados pelo *quórum* qualificado da EC n. 45, são equivalentes a normas supralegais. A posição vencida possuía o entendimento de que os tratados teriam força de norma constitucional.

Nessa perspectiva, todas as normas de lei ordinária que contrarie dispositivos de um tratado internacional de direito humano, não integralizado como emenda à Constituição no Brasil, serão derrogadas, recebendo um *efeito paralisante*. Foi o que aconteceu, no caso específico dos julgamentos do STF, com os dispositivos da lei infraconstitucional que permitia a prisão civil do depositário infiel. Apesar de haver norma constitucional expressa que permite a prisão (art. 5º, LXVII, CF) e lei infraconstitucional que a regulamente, há uma norma supralegal que impede a eficácia e aplicação dessa última.

Note-se que esse entendimento permite uma nova abertura do Estado Constitucional brasileiro na cooperação internacional. Possibilita-se ao Estado brasileiro uma atuação mais ativa na deferência ao direito supranacional. Sem contar que, com a recente modificação na composição da Corte, é possível que a evolução de posicionamento ainda seja maior em caso de novo enfrentamento da matéria.

Ademais, a abertura do Estado Constitucional do país para o direito internacional também deve ser analisado, em outro estágio, com relação à formação de uma comunidade supranacional.

O parágrafo único[139] do art. 4º da Constituição Federal de 1988 inseriu em nosso ordenamento uma norma de nítida diretiva integradora comunitária na América Latina. O preceptivo determina a República Federativa do Brasil ações no sentido de buscar, além de uma integração econômica, social e cultural, também

[139] "Parágrafo único. A República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações".

uma integração política dos povos para formar uma comunidade latino-americana de nações.

Essa diretiva é reveladora da abertura determinada pela Constituição brasileira ao direito comunitário supranacional. Demonstra-se o objetivo do constituinte originário em possibilitar o desenvolvimento das relações internacionais do Brasil na política internacional, como presente em constituições europeias.

No entanto, esse dispositivo constitucional diretivo ainda hoje, passados quase vinte e cinco anos da promulgação da Constituição, não teve um real efeito integrativo internacional. Isso acontece porque, além da norma diretiva, não há na Constituição da República brasileira nenhuma outra norma que proponha um real processo de integração ou uma internacionalização diferenciada aos tratados firmados com os países da América Latina, o que sido o fundamento de bloqueio no avanço da abertura internacional.

O que existe hoje, em âmbito latino-americano, é o Mercado Comum do Sul – o Mercosul – que, a bem da verdade, é uma organização internacional de molde clássico, não existindo órgãos supranacionais cujas decisões se oponham a decisões internas. O Mercosul, portanto, é um órgão intergovernamental, em vez de supranacional, mais voltado para a integração econômica, onde todos os seus membros assumem o compromisso de agir conjuntamente para alcançar as finalidades comuns previstas no Tratado de Assunção. É integrado atualmente por Brasil, Argentina, Uruguai, Paraguai (temporariamente suspenso) e Venezuela (integrada em 31 de julho de 2012, ainda dependente de referendo do Poder Legislativo interno dos Estados partes).

Pode-se cogitar que a ausência de normas constitucionais que disciplinam efetivo procedimento de abertura supranacional do Brasil se deu em virtude de que, na época da promulgação da Constituição Federal, tinha-se em memória o insucesso de tentativas integracionais passadas, como a Associação Latino-Americana de Livre Comércio (ALALC) de 1960 e a Associação Latino-Americana de Integração (ALADI) de 1980.

É o momento de se repensar essa ausência de mecanismo que dão mais abertura supranacional ao Brasil e efetivamente se prever mecanismos constitucionais que possibilitam a integralização internacional, cumprindo-se a

diretiva prevista no parágrafo único do art. 4º a partir das experiências com o Mercosul. Deve-se cogitar, ao menos, a possibilidade de previsão de um procedimento mais simplificado de internacionalização das normas provenientes de tratados firmados junto ao Mercosul.

Não existe norma constitucional irrelevante ou de aplicação indiferente. A integralização política junto aos Estados da América Latina pretendida pelo constituinte originário deve ser implementada, sendo interessante o aprimoramento do texto constitucional para definição de modo mais claro os procedimentos que permitirão a integração, conforme já adotado pelas Constituições da Argentina (art. 75, alínea 24) e do Paraguai (art. 145).

# CONCLUSÃO

O Estado constitucional cooperativo, considerado por Peter Häberle como um modelo constitucional aberto e ativo nas relações internacionais, sobretudo na integralização comunitária, sem dúvidas, possui reflexos e contornos na República Federativa do Brasil.

A Constituição Federal de 1988 adotou critérios diretivos claros de cooperação junto ao direito internacional, especialmente pelas definições contidas nos preceptivos do art. 4º e do § 2º do art. 5º, os quais congregam as lições do professor Peter Häberle, conforme Gilmar Mendes:

> O Estado constitucional, compreendido atualmente como Estado constitucional cooperativo, é um projeto universal, apesar da diversidade tipológica entre os países e das diferenças entre suas culturas nacionais. Diante dessa realidade, segundo Häberle, os modestos meios do constitucionalismo devem ser empregados a fim de levar a cabo o necessário para que a América Latina, com sua riqueza multiétnica e multicultural, se reafirme na era da globalização. Quanto a isso, podemos supor, com Häberle, que já existem materiais textuais que constituem etapas precursoras de uma integração mais ampla.(...) Nesse mesmo sentido, há na Constituição brasileira de 1988 alguns dispositivos que sinalizam

para uma maior abertura constitucional ao direito internacional e, na visão de alguns, ao direito supranacional[140].

A atuação do Supremo Tribunal Federal também tem caminhado para permitir uma abertura mais efetiva do Estado brasileiro. A partir do julgamento do HC n. 87.585/TO e do RE n. 466.343/SP, em 2008, passou-se a considerar judicialmente o *status* superior das normas provenientes de tratados internacionais de direitos humanos em relação às leis ordinárias. Por esse entendimento, as leis ordinárias não podem revogar as normas provenientes destes tratados, que devem ser compatíveis com o texto Constitucional.

No entanto, as diretivas de cooperação internacional contidas no texto constitucional, ainda sofrem barreiras para a efetivação da abertura nas relações supranacional pela ausência de normas claras e expressas que a possibilitem.

Assim, nesse momento, em que se tem admitido a necessidade de um Tratado Constitucional normativo para disciplinar as relações políticas na União Europeia, também é necessário a modificação do texto constitucional brasileiro para permitir a continuidade de sua evolução nas relações internacionais, em especial quanto a simplificação da integração de tratados assumidos perante a comunidade latino-americana.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CALLEJÓN, Francisco Balaguer – Coordenador. Manual de Derecho Constitucional, volume I. Quinta Edición, atualizada a septiembre de 2010. Tecnos: Madrid. 2010.

---

[140] MENDES, Gilmar. Homenagem à doutrina de Peter Häberle e sua influência no Brasil, p. 5-6. Disponível em:

http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalStfInternacional/portalStfAgenda_pt_br/anexo/Homenagem_a_Peter_Haberle__Pronunciamento__3_1.pdf.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Tratado de direito internacional dos direitos humanos, vol. III. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003.

HÄBERLE, Peter. El Estado Constitucional. 1A. REIMP. Trad. Hector Fix-Fierro. México: Universidad Nacional Autônoma de México, 2003.

____. Estado Constitucional Cooperativo. Tradução do original em alemão por Marcos Augusto Maliska e Elisete Antoniuk. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

HABERMAS, Jürgen. Um ensaio sobre a constituição da Europa. Tradução Marian Toldy e Teresa Toldy. Lisboa: Edições 70, 2012.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. O controle jurisdicional da convencionalidade das leis. 2. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MELLO, Celso D. Albuquerque. Teoria dos Direitos Fundamentais. 2 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

MENDES, Gilmar. Homenagem à doutrina de Peter Häberle e sua influência no Brasil, p. 5-6. Disponível em:

http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalStfInternacional/portalStfAgenda_pt_br/anexo/Homenagem_a_Peter_Haberle__Pronunciamento__3_1.pdf.

# A CRIAÇÃO DE AMBIENTES PÚBLICOS TRANSNACIONAIS DE COMUNICAÇÃO E O FORTALECIMENTO DOS PODERES LOCAIS COMO PROPOSTAS PARA SE REDUZIR O DÉFICIT DEMOCRÁTICO DA COMISSÃO EUROPÉIA.

**Daniel Augusto Mesquita**

## INTRODUÇÃO

Um dos maiores problemas vividos na União Européia atualmente é o déficit democrático das instituições que a compõem.

Mesmo com a edição do Tratado de Lisboa, que tentou inserir vários elementos democráticos no funcionamento da União e dar ao Parlamento, composto por representantes eleitos diretamente pelo povo, mais poderes, a participação efetiva dos cidadãos nos processos de decisão ainda é pequena.

Tal déficit se verifica com maior evidência na Comissão Européia, instituição que toma as decisões fundamentais da política européia e que influenciam diretamente a vida dos países e do povo europeu.

Nesse aspecto, o presente trabalho busca demonstrar que o funcionamento da União Européia será efetivamente democrático a partir do momento em que procedimentos de participação do cidadão nas decisões políticas forem instaurados e passarem a direcionar a atuação da Comissão.

## 1. TRATADO DE LISBOA: APENAS UMA TENTATIVA DE SE REDUZIR DÉFICIT DEMOCRÁTICO DAS INSTITUIÇÕES DA UNIÃO EUROPÉIA.

O Tratado de Lisboa, ao alterar o Tratado da União Européia, buscou inserir alguns elementos democráticos no funcionamento da União Européia, reconhecendo, de certa maneira, que a evolução institucional da entidade não foi acompanhada pela evolução democrática das sociedades ocidentais contemporâneas.

Dentre os dispositivos que revelam essa pretensão do Tratado de Lisboa está o Título II, que trata das *"Disposições Relativas aos princípios democráticos".* Nesse título, o Tratado deixou claro que o *"funcionamento da União baseia-se na democracia representativa"* (Artigo 8º-A, 1), que *"os cidadãos estão diretamente representados, ao nível da União, no Parlamento Europeu"* (Artigo 8º-A, 2), que *"todos os cidadãos têm o direito de participar na vida democrática da União"* e *"as decisões são tomadas de forma tão aberta e tão próxima dos cidadãos quanto possível"* (Artigo 8º-A, 3), que *"os partidos políticos ao nível europeu contribuem para a criação de uma consciência política europeia e para a expressão da vontade dos cidadãos da União"* (Artigo 8º-A, 4).

Todas essas previsões do Artigo 8º-A dão conta de que a União Européia rege-se por uma democracia representativa, que consagra a participação democrática do cidadão e que os partidos políticos possuem o papel fundamental de fomentar a consciência política européia e para expressar a vontade dos cidadãos da União.

Mas são os dispositivos do Artigo 8º-B que elucidam a preocupação do Tratado de Lisboa de facultar ao cidadão europeu a participação efetiva e imediata da vida política da União. Isso porque, os dispositivos desse artigo determinam que as instituições devem conferir aos cidadãos e às associações representativas *"a possibilidade de expressarem e partilharem publicamente os seus pontos de vista sobre todos os domínios de acção da União"* (Artigo 8º-B, 1). Além disso, uma espécie de iniciativa popular foi assegurada nos seguintes termos:

> 4. Um milhão, pelo menos, de cidadãos da União, nacionais de um número significativo de Estados-Membros, pode tomar a iniciativa de convidar a Comissão Europeia a, no âmbito das suas atribuições, apresentar uma proposta adequada em matérias sobre as quais esses cidadãos considerem necessário um acto jurídico da União para aplicar os Tratados.

O dispositivo que mais chama a atenção nessa tentativa de se diminuir o déficit democrático da União Européia é o Artigo 8-B, 2, do Tratado de Lisboa, porquanto reconhece um dos elementos estruturantes da democracia comunicativa, qual seja, o diálogo aberto com a sociedade civil (*"2. As instituições estabelecem um diálogo aberto, transparente e regular com as associações representativas e com a sociedade civil"*).

Entretanto, a evolução democrática da União Européia no Tratado de Lisboa parou por ai. Fosse a intenção da entidade realmente promover a participação democrática no campo das decisões relevantes da União, teria o Tratado inserido os elementos e procedimentos democráticos mencionados no Artigo 8º nas competências e procedimentos relacionados às instituições especificadas no Artigo 9º.

Em suma, os dispositivos principiológicos e o fortalecimento dos poderes do Parlamento Europeu não foram suficientes para superar o déficit democrático das instituições da União Européia[141].

E isso se verifica, especialmente, quando se analisam as disposições que disciplinam a constituição e funcionamento da Comissão Européia, instituição que detém as principais competências executivas no âmbito da UE[142].

Nos termos do Artigo 9º-D do Tratado de Lisboa, a Comissão promove o interesse geral da União, vela pela aplicação dos tratados, controla a aplicação do direito da União, executa o orçamento, gere os programas e fundos da União Européia, toma a iniciativa da programação anual e plurianual da União, exerce

141 "O processo de reforço de poderes do Parlamento Europeu, a que temos vindo a assistir no quadro das conferências intergovernamentais que introduziram sucessivas alterações aos tratados institutivos das Comunidades Europeias, tem por objectivo a superação do chamado défice democrático comunitário. Défice democrático derivado do facto de, alegadamente, à instituição comunitária investida de maior legitimidade política democrática não corresponderem as funções que deveriam competir a um órgão cujo mandato resulta da eleição por sufrágio directo e universal". (SOARES, 1997, p. 632)

142 "Mais: em nenhum acto eleitoral comunitário se coloca uma alternativa de escolha na gestão das políticas prosseguidas. Do voto dos cidadãos não resulta qualquer tipo de contraposição de programa governativo no quadro das linhas máximas de actuação da União" (SOARES, 1997, p. 642)

funções de coordenação, de execução e de gestão, representa a UE a nível internacional, negociando acordos entre países e, eventualmente, entre terceiros, e, talvez a atribuição mais importante de todas: propõe nova legislação ao Parlamento e ao Conselho Europeu[143].

A análise das competências e do funcionamento da Comissão Européia deixa latente a constatação de que a União Européia está longe de ser uma organização política democrática. Isso porque, nem mesmo uma democracia representativa foi assegurada na nomeação dos membros da principal instituição executiva da UE, pois, nos termos do Artigo 9º-D, 7 do Tratado, eles não são eleitos pelos cidadãos, mas *"escolhidas, com base nas sugestões apresentadas por cada Estado-Membro"*.

E mais, a amplitude e a importância das competências da Comissão demandariam a institucionalização de procedimentos que assegurassem a participação popular no processo de decisão de pontos sensíveis da vida do europeu.

Esse processo de distanciamento do povo europeu nas decisões executivas da União Européia se agrava na medida em que o grande poder decisório da Comissão Européia e dos Comitês se exerce sem transparência[144].

---

[143] 1. A Comissão promove o interesse geral da União e toma as iniciativas adequadas para esse efeito. A Comissão vela pela aplicação dos Tratados, bem como das medidas adoptadas pelas instituições por força destes. Controla a aplicação do direito da União, sob a fiscalização do Tribunal de Justiça da União Europeia. A Comissão executa o orçamento e gere os programas. Exerce funções de coordenação, de execução e de gestão em conformidade com as condições estabelecidas nos Tratados. Com excepção da política externa e de segurança comum e dos restantes casos previstos nos Tratados, a Comissão assegura a representação externa da União. Toma a iniciativa da programação anual e plurianual da União com vista à obtenção de acordos interinstitucionais.

2. Os actos legislativos da União só podem ser adoptados sob proposta da Comissão, salvo disposição em contrário dos Tratados. Os demais actos são adoptados sob proposta da Comissão nos casos em que os Tratados o determinem.

[144] "Donde o exercício da governação comunitária se ter transformado numa realidade imperceptível para a opinião pública dos Estados. Donde também o desinteresse com que são encaradas as eleições européias. Donde ainda a falta de transparência do sistema político comunitário como um factor de agravamento da sua percepção democrática pelos cidadãos. Não falando, obviamente, da

Se a União Européia funda-se nos valores democráticos (art. 1º, 3, do Tratado de Lisboa), a Comissão deveria sim se constituir através da participação popular e, o mais importante, deveria sim institucionalizar procedimentos de participação da sociedade nas decisões mais importantes e controvertidas no âmbito de sua competência, porquanto são os atos dessa instituição que acabam por guiar os rumos da política da União e, desse modo, influenciam diretamente na vida dos cidadãos.

A inexistência de eleições diretas para os membros da Comissão Européia é um déficit democrático auto-explicável.

Entretanto, a falta de procedimentos de participação popular no processo decisório da entidade merece uma abordagem mais profunda, para se chegar à conclusão de que, contemporaneamente, numa visão habermasiana[145], não se pode falar em democracia efetiva sem a instituição de processos de comunicação que permitam aos potenciais atingidos pelas decisões políticas levar suas opiniões relevantes a um ambiente público e promover um debate com argumentos de qualidade, obtidos a partir das necessidades verificadas no mundo da vida.

Aqui, vale o seguinte alerta de Jürgen Habermas:

> O fluxo do poder regulado pelo Estado de direito é anulado quando o sistema administrativo se torna independente em relação ao poder produzido comunicativamente, quando o poder social de sistemas de funções de grandes organizações, inclusive dos meios de comunicação de massa, se transforma em poder ilegítimo ou quando as fontes do mundo da vida, que alimentam comunicações públicas espontâneas, não são mais suficientes para garantir uma articulação livre de interesses sociais. (Habermas, Vol. II, p. 121)

Ao constatar que o sistema administrativo europeu alijou-se do poder comunicativo de seus cidadãos e ao observar que esse distanciamento popular do processo decisório da Comissão viola a democracia comunicativa, o presente

---

opacidade em que se movimenta uma larga faixa de regulação social comunitária no quadro desse estranho impenetrável edifício designado como 'comitologia'". (SOARES, 1997, p. 642)

[145] Habermas, Vols. I e II, 1997.

trabalho se propõe a buscar alternativas viáveis de se instituir um ambiente público aberto a participação de todos os interessados em contribuir com as decisões da instituição, de forma a se reduzir abruptamente o déficit democrático existente na União Européia.

## 2. A EFETIVA PARTICIPAÇÃO POPULAR NOS PROCESSOS DE DECISÃO DA UNIÃO EUROPÉIA COMO REQUISITO FUNDAMENTAL PARA UMA GESTÃO DEMOCRÁTICA DOS INTERESSES COMUNS.

A democracia representativa, consagrada no Tratado de Lisboa, seria sim um importante instrumento para que todas as instituições de competência executiva e legislativa da União Européia – e não só o Parlamento Europeu – gozassem de representatividade perante a população dos países da Europa, porquanto, o conteúdo mínimo do Estado democrático não prescinde das garantias das liberdades, das eleições periódicas com sufrágio universal e das decisões tomadas coletivamente[146].

Entretanto, uma democracia tão somente representativa não permite uma real aproximação do povo ao poder, uma vez que acaba por gerar grande margem de discricionariedade na atuação dos governantes. Isso porque, as eleições são momentos políticos descontínuos, que ocorrem em grandes intervalos de tempo. Assim, a partir da eleição, aquele que logrou acesso ao cargo público pode se desvincular das promessas de campanha e tomar as decisões políticas de acordo com os interesses de grupos de pressão (de diversos setores da economia, de categorias de servidores públicos, de regiões geográficas específicas etc).

Contemporaneamente, já se percebeu que a democracia se efetiva não no momento do voto dado ao representante que exercerá um mandado periódico,

---

[146] Norberto Bobbio. The future of Democracy. Cambridge, 1987, p. 40.

mas nas discussões abertas nos processos decisórios das instituições executivas e legislativas[147], uma vez que é nesse processo de discussão que a sociedade pode se autodeterminar, tomando consciência de si mesma e tomando decisões através da vontade coletiva dos sujeitos privados acerca dos problemas do mundo da vida[148].

Aqui, vale a lição de António Goucha Soares:

> Nas sociedades políticas contemporâneas, os elementos fundamentais da vida democrática não se esgotam nos momentos eleitorais. Do mesmo modo, a formação da vontade intraparlamentar representa apenas um pequeno segmento da vida pública. A qualidade racional do processo de tomada de decisões e do processo de produção normativa não depende unicamente da actuação da maioria política no interior do Parlamento e do respeito pelas minorias nele representadas. Depende também do grau de informação e de clareza com que os problemas objecto de decisão sejam apresentados à sociedade civil e dos procedimentos participativos que lhe sejam assegurados. Ou seja, a qualidade da vida política democrática não prescinde de modos não institucionalizados de formação da opinão pública. (1997, p. 637).

Para que os problemas sejam apresentados com clareza à sociedade civil e para que esta possa contribuir efetivamente para a tomada de decisões relevantes, um elemento fundamental deve ser constituído: o espaço público.

Habermas sustenta que a democracia radical, pautada na comunicação, se exerce na esfera pública, conceituada como "uma rede adequada para a

---

[147] "Assim, a democracia só se efetivará quando se superar a discussão limitada da forma de se oportunizar a democracia representativa e se passar a buscar uma sintonia da atividade político-estatal com a opinião dos governados" (Soares, p. 638, 1997).

[148] "A sociedade é por si mesma sociedade política – societas civilis; pois, na prática de autodeterminação política dos sujeitos privados, a comunidade como que toma consciência de si mesma, produzindo efeitos sobre si mesma, através da vontade coletiva dos sujeitos privados. Isso faz com que a democracia seja sinônimo de auto-organização política da sociedade. Disso resulta uma compreensão de política dirigida polemicamente contra o aparelho do Estado. Podemos observar a linha dessa argumentação republicana em Hannah Arendt: a esfera pública política deve ser revitalizada contra o privatismo de uma população despolitizada e contra a legitimação através de partidos estatizados, para que uma cidadania regenerada possa (re) apropriar-se do poder burocratizado do Estado, imprimindo-lhe formas de uma auto-administração descentralizada. Isso pode transformar a sociedade numa totalidade política." (Habermas, Vol. II, 1997, p. 20)

comunicação de conteúdos, tomadas de posição e opiniões; nela os fluxos comunicacionais são filtrados e sintetizados, a ponto de se condensarem em opiniões públicas enfeixadas em temas específicos" (Habermas, Vol. II, 1997, p. 92).

Nessa esfera pública, as decisões são do tipo "pró" e "contra", mas a pergunta objeto de decisão não vem pronta do mundo exterior, mas sim da prática comunicacional, em um ambiente aberto à participação de todos os possíveis influenciados pela decisão, que elaborarão propostas racionais para a solução dos problemas, trarão informações e argumentos para obter uma maior qualidade no resultado. Nesse sentido, Habermas sustenta: *"o sucesso da comunicação pública não se mede* per se *pela 'produção de generalidade', e sim, por critérios formais do surgimento de uma opinião pública qualificada"* (Habermas, Vol. II, 1997, p. 94).

Do resultado das discussões, opiniões e propostas geradas no âmbito de uma esfera pública relacionadas ao mundo da vida surge o elemento que transpõe a decisão tomada pela sociedade em geral para o sistema político: a influência legítima[149].

Essa influência política, gerada a partir da comunicação pública e apoiada ou assentida por um público que possui os mesmos direitos, promove a criação de um direito legítimo por parte dos órgãos estatais constituídos, após passar por filtros que Habermas denomina de *"processos institucionalizados da formação democrática da opinião e da vontade"* (Habermas, Vol. II, 1997, p. 105). Isso porque, a soberania do povo não se impõe através de discursos informais, *"para gerar um poder político, sua influência tem que abranger também as deliberações de instituições democráticas da formação da opinião e da vontade, assumindo uma forma autorizada"* (Habermas, Vol. II, p. 105).

Nesse enfoque, Habermas deixa claro que a orientação pelo entendimento não é um método que se aplica apenas ao ambiente familiar, em igrejas ou grupos de pessoas que se conhece, ele se aplica também *"para uma comunicação entre estranhos, que se desenvolve em esferas públicas complexas e ramificadas, envolvendo amplas distâncias"* (Habermas, Vol. II, 1997, p. 98).

---

[149] T. Parsons. "on the Concepto f Influence", in *id. Sociological Theory and Modern Society.* Nova Iorque, 1967, 355-382.

Desse modo, se poderia falar sim de uma esfera pública no âmbito da União Européia, que possibilitasse a todos os interessados em determinado tema comparecer em um ambiente aberto de discussão para que, levando argumentos relevantes e qualificados, cheguem a um consenso sobre a melhor forma de se decidir determinada questão. A Comissão Européia, por exemplo, influenciada por essa decisão, atenderia ao princípio democrático se praticasse o ato nos termos do que deliberado no ambiente público e aberto proposto por Habermas ou, ao menos, direcionasse os seus atos no sentido das conclusões manifestadas no ambiente público[150].

Parece ter sido essa a intenção do Tratado de Lisboa quando dispôs, em seu Artigo 8º-B, 1, que as instituições devem conferir aos cidadãos e às associações representativas *"a possibilidade de expressarem e partilharem publicamente os seus pontos de vista sobre todos os domínios de acção da União".*

## 3. A CRIAÇÃO DE ESPAÇOS DE DISCUSSÃO TRANSNACIONAIS COMO ELEMENTO PARA A SUPERAÇÃO DO ÓBICE DA FALTA DE IDENTIDADE EUROPÉIA.

É verdade que sem uma identidade supranacional por parte dos cidadãos dos Estados europeus as dificuldades de se estabelecer uma democracia radical ou comunicativa no âmbito da União Européia se elevam.

Isso porque, uma democracia efetiva não se constitui apenas por procedimentos formais, tais como eleições diretas para todos os órgãos representativos e criação de um espaço público europeu, mas pela superação de uma identidade exclusivamente nacional que se transmuda para uma consciência

---

[150] "A opinião pública, transformada em poder comunicativo segundo processos democráticos, não pode 'dominar' por si mesma o uso do poder administrativo; mas pode, de certa forma, direcioná-lo". (p. 23, Vol II)

individual do cidadão de que os valores e características nacionais devem ser respeitados, mas o que prevalece é o sentimento de identidade popular supranacional.

Na visão de Juan J. Linz:

> Without a previous sentiment of identity strong enough to provide such a trans-state authority with power, democratic elections would not legitimate that authority. To repeat Dahl,
> The criteria of the democratic process presupposes the rightfulness of the unit itself. If the unit itself is not a proper or rightful unit, then it cannot be made rightful simply by democratic procedures (ibid.).
> A democratic election of a parliament in Strasbourg, the representation of the citizens of Europe in that parliament, the accountability of the Commission (the government of Europe) to that parliament, unless the citizens of Europe would feel their European identity as equal or stronger than their present state or nation-state identity, would not legitimate that authority. (LINZ, 1997, pp. 129-130)

Contudo, as instituições da União Européia não podem assistir passivamente a esse lento processo de surgimento de uma identidade supranacional. Vários elementos catalisadores desse processo podem ser criados para se provocar a inserção dos cidadãos de todos os Estados membros para dentro de um ambiente de discussão nos assuntos submetidos à decisão das instituições, especialmente da Comissão Européia.

Assim como o programa Erasmus – European Community Action Scheme for the Mobility of University Students – criado em 1986, vem contribuindo para, através da ciência, se promover a interação entre identidades nacionais distintas, o que acaba por desenvolver o sentimento de pertencimento a uma comunidade transnacional[151], o espaço público europeu pode ser criado pela própria União e exercer, no âmbito político, função análoga ao Erasmus.

---

[151] "O convívio coletivo no espaço universitário 'europeu' mediante o intecâmbio universitário pode se revelar um mecanismo eficaz no que se refere à abertura e à percepção do outro, à formação de parâmetros mais cosmopolitas de convivência na diferença e ao desenvolvimento de um sentimento de pertencimento a uma comunidade transnacional." (MOTTA, 2004, p. 64)

Na obra *"Era das Transições",* Habermas constata que as arenas de formação pública da opinião e da vontade só existem no interior dos Estados nacionais e que o espaço público europeu só vai se constituir quando *"os círculos de comunicação das arenas nacionais intactas se abrirem umas às outras"* (HABERMAS, 1997, p. 141), porquanto esse espaço público deve ter um caráter transnacional.

Ao observar que o espaço público europeu depende da inserção da sociedade civil *"numa cultura política comum"* (HABERMAS, 1997, p. 142), o autor sugere a realização de referendos em toda a Europa, "*a fim de propiciar aos cidadãos condições melhores para influir nas políticas e para configurá-las*" (HABERMAS, 1997, p. 149), bem como replica a ideia de Chr Joerges e M. Everson[152], de criação de conselhos de diversos comitês *"que trabalham para a Comissão o mérito de uma política deliberativa criadora de legitimidade"* (HABERMAS, 1997, p. 150). No âmbito do Tratado de Lisboa, o Artigo 8º-A, 4, informa que os partidos políticos devem contribuir para *"a criação de uma consciência política européia"*.

Essas alternativas são procedimentos viáveis que proporcionariam um paulatino intercâmbio de experiências políticas e promoveriam ambientes em que cidadãos de diversas nações passariam a conhecer as dificuldades e as preocupações do outro e, a partir disso, buscariam um entendimento racional que levaria a uma solução de forma integrada.

Certamente, esse encontro para a busca de uma solução conjunta, entre integrantes de Estados diversos, contribuiria para se aumentar o sentimento de cidadania supranacional.

O que não pode haver é o exercício de toda uma competência executiva por parte de uma instituição da União Européia sem a criação de um ambiente público de discussão para a tomada de decisões relevantes, sob o pretexto da existência da democracia representativa na composição do Parlamento ou sob o

---

[152] Chr Joerges, M. Everson. "Challenging the bureaucratic challenge", in Erikson and Fossum (2000), p. 164-188.

pretexto da inexistência de um sentimento de cidadania supranacional para a resolução de questões complexas e controvertidas.

## 4. A IDENTIFICAÇÃO DOS PROBLEMAS OBJETO DE SOLUÇÃO EM UMA ESFERA PÚBLICA EUROPÉIA POR MEIO DO FORTALECIMENTO DA AUTONOMIA LOCAL.

Nos tópicos acima, defendeu-se que a criação do ambiente supranacional de comunicação (a esfera pública européia) teria uma dupla função: influenciar as decisões executivas da Comissão e contribuir para o surgimento de um sentimento de cidadania supranacional.

Contudo, não restou muito claro qual seria uma forma viável de se promover essa esfera pública supranacional, necessariamente pautada na intercomunicação das arenas nacionais, de forma que os problemas submetidos à União Européia pudessem ser resolvidos com a participação de todos os potenciais atingidos pela decisão.

Um ponto de partida sólido para a criação desse ambiente é a verificação da gênese do problema posto a discussão, ou seja, a constatação da forma como um problema macro, que afeta a União como um todo, está afetando o cidadão europeu. Por exemplo, como os problemas macroeconômicos afetam a manutenção dos empregos na cidade de Granada, a subsistência das famílias de Verona e a falta de crédito do microempresário de Athenas?

As respostas adequadas a essas perguntas somente podem ser dadas a partir do fortalecimento dos espaços políticos municipais, porquanto são os próprios cidadãos afetados pela situação macro quem podem dizer, com exatidão, em que medida uma crise européia os afeta na vida cotidiana. Afinal, o município é a unidade que está na base do Estado, sendo impossível dissociá-lo da vida cotidiana pulsante de seus cidadãos.

Desde a antiguidade clássica, é no fórum municipal que o homem expõe seus conflitos e suas aspirações. A partir do ambiente local, os debates constatam a existência de problemas que afetam a vida cotidiana de todos e, através dos meios de comunicação e da intercomunicação entre municípios que os problemas efetivamente relevantes ganham corpo e projetam para um ambiente regional, nacional ou comunitário[153].

A experiência brasileira do orçamento participativo, que encontra-se difundida amplamente em todo o mundo, é uma amostra de como o poder local contribui para a redução do autoritarismo discricionário dos gestores públicos.

Nessa experiência, a partir da abertura promovida pela própria Administração Pública para assembléias populares locais (de bairros ou de pequenos municípios), com reuniões frequentes e ampla participação, chega-se à forma ideal de aplicação dos recursos públicos, de acordo com as necessidades da comunidade apresentada abertamente. As decisões tomadas nos bairros e municípios são levadas aos centros regionais de poder por meio de delegados eleitos periodicamente, o que provoca uma interpenetração de esferas locais de discussão e, consecutivamente, a instauração de uma esfera regional de debates. Por outro lado, os resultados das assembléias populares é amplamente divulgado e a efetiva aplicação dos recursos é submetida ao controle popular[154].

Essa realidade, com as devidas adaptações, poderia ser transferida para o âmbito da Comissão Européia, de forma a reduzir a margem de discricionariedade

---

[153] "El problema del espacio público está en estrecha conexión con el estatus de ciudadanía activa. Lo público, con justicia un concepto clave de la teoría social, política y constitucional[87], necesita para el desarrollo de su contenido de aseguramiento de la libertad un espacio de actuación concreto. Los municipios ocupan aquí una posición sobresaliente. El forum de la antigüedad, en el corazón de la polis, es el paradigma clásico de un espacio para el encuentro público. Describe el espacio donde el ciudadano hace uso de su libertad, el lugar donde su libertad de credo, de opinión, de asociación viven como libertades públicas[88]. Este forum publicum de interacción social y comunicativa[89] no es sólo un imaginario, una metáfora o una cifra abstracta, sino que se hace realidad en el municipio. Ya se trate de grandes manifestaciones o mítines, ya se trate de visiones europeas o de la política local cotidiana, los debates, para poder trascender, deben comenzar en el espacio primario. Incluso los medios de comunicación supraregionales buscan en sus conexiones locales el espacio público local. Esa imagen tantas veces citada del "mercado de las ideas" encuentra su realización en el encuentro de ciudadanos en la plaza pública:" (KOTZUR, 2004)

[154] SINTOMER, Yves; HERZBERG, Carsten; RÖCKE, Anja. Op. cit, p. 78.

dessa instituição, que passaria a pautar suas decisões políticas no conhecimento da situação real daqueles que efetivamente suportam o peso de uma crise, por exemplo.

A institucionalização de um ambiente público, de origem nos municípios, que se interpenetrasse com outras esferas públicas locais, gerando âmbitos regionais, nacionais e supranacionais de discussão, certamente contribuiria para a eliminação do déficit democrático no funcionamento da União Européia.

Relevante observar que o fortalecimento e da autonomia local já foi objeto de previsão em instrumento legislativo europeu como elemento fundamental para a democratização[155].

## CONCLUSÃO

Verificou-se neste trabalho que os dispositivos principiológicos e o fortalecimento dos poderes do Parlamento Europeu contidos no Tratado de Lisboa não foram suficientes para superar o déficit democrático das instituições da União Européia.

A partir da visão de democracia radical, participativa ou comunicacional de Jürgen Habermas, constatou-se que o estabelecimento de processos de comunicação que permitam aos potenciais atingidos pelas decisões políticas levar suas opiniões relevantes a um ambiente público e promover um debate com argumentos de qualidade é fundamental para uma democracia européia. Uma

---

[155] Por otro lado, desde una perspectiva positiva, se ha de destacar, en el marco de las estructuras constitucionales europeas, la Carta sobre la autonomía local de 1985 del Consejo de Europa. Esta Carta "muestra la conciencia de que la protección y el fortalecimiento de la autonomía local es en los distintos Estados europeos una contribución para la construcción de una Europa que se quiere fundar sobre los principios de democratización y descentralización del poder" Citado por R. Streinz (coord), 50 Jahre Europarat: Der Beitrag des Europarates zum Regionalismus, 2000, 107. La Carta también se encuentra en la recopilación de Tratados europeos bajo el número. 122 así como en F.-L. Knemeyer (coord.), Die europäische Charta der kommunalen Selbstverwaltung, 1989, 237 y sigs. La ley del Bundestag sobre la Carta europea de la autonomía local de 15 de octubre de 1985 se encuentra en BGBl. 1987 II, Nr. 3, 65 de 28 enero 1987. (Markus Kotzur, 2004)

democracia tão somente representativa não permite uma real aproximação do povo ao poder, uma vez que acaba por gerar grande margem de discricionariedade na atuação dos governantes, especialmente no âmbito da Comissão Européia.

A partir da noção de espaço público, constatou-se que o ambiente comunicacional europeu deve partir do fortalecimento dos poderes locais, pois é nesse âmbito que os problemas do mundo da vida se revelam.

A experiência brasileira do orçamento participativo é um importante tubo de ensaio para demonstrar que é possível partir da discussão local, passar pela interpenetração dos ambientes locais de comunicação e se chegar a um espaço macro de discussão em que todos os potenciais atingidos pela decisão política tiveram a oportunidade de se manifestar.

Nesse processo, as instituições da União Européia devem ser sujeitos ativos no fomento dos espaços públicos, o que acabará por gerar decisões pautadas nas efetivas demandas da sociedade e contribuirá para o surgimento de uma identidade supranacional.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.


BOBBIO, Norberto. **The future of Democracy.** Cambridge, 1987, p. 40.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre faticidade e validade, volume I.** Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre faticidade e validade, volume II.** Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HABERMAS, Jürgen. **Era das transições**. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

KOTZUR, Markus. **Federalismo, regionalism y descentralización local como princípios estructurales del espacio constitucional europeo.** Traducido del

alemán por Miguel Azpitarte Sánhez. Revista de Derecho Constitucional Europeo. N. 1 (enero-junio 2004), acessado em 29.08.2013, no endereço eletrônico: http://www.ugr.es/~redce/ReDCE1/Federalismo,%20regionalismo%20y%20descentralizacion%20local.htm.

LEPSIUS, M. R. 1990a. **"Ethnos and Demos,"** in Interessen. Ideen und Institutionen. Opladen: Westdeutscher Verlag.

LINZ, Juan J. **Democracy Today: An Agenda for Students of Democracy.** Scandinavian Political Studies, Bind 20 (New Series) (1997) 2, pp. .

MOTTA, Renata Campos. **Educação e integração regional: o programa Erasmus de intercâmbio universitário da União Européia.** Fronteira (PUC-MG), v. 3, n. 6 (dez. 2004), Belo Horizonte, p. 49-66.

NUNES JUNIOR, Amandino Teixeira. **O déficit democrático da União Européia.** Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 473, 23 out. 2004 . Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/5843>. Acesso em: 27 ago. 2013.

PARSONS T. **"On the Concept of Influence",** in id. Sociological Theory and Modern Society. Nova Iorque, 1967, 355-382.

SINTOMER, Yves; HERZBERG, Carsten; RÖCKE, Anja. **Modelos transnacionais de participação cidadã.** Revista Sociologias. Porto Alegre, ano 14, n. 30, mai./ago. 2012.

SOARES, António Goucha. **O défice democrático da União Europeia: alguns problemas conexos.** Análise Social, vol. XXXI (142), 1997, p. 627-648

SOUZA, Luciana Andressa Martins de. **Orçamento participativo e as novas dinâmicas políticas locais.** Revista Lua Nova. São Paulo, n. 84, 2011.

# ANÁLISIS DE LOS CONSEJOS DE POLÍTICA PÚBLICA DE BRASIL COMO PROMOCIÓN DE LA CIUDADANÍA EUROPEA ACTIVA: un enfoque en el programa "Europa con los ciudadanos" (2007-2013)

**João Francisco da Mota Junior**

## INTRODUCCIÓN

Uno de los puntos pertinentes del Tratado de Lisboa es el tratamiento de los ciudadanos en el seno de la Unión Europea (UE) y de sus instituciones, y por un nuevo artículo (art. 10) hubo el reconocimiento de la ciudadanía plena.

Después de algunas acciones y programas destinados a fomentar la participación ciudadana, surge el programa “Europa con los ciudadanos” (2007-2013) creado por el Parlamento Europeo y el Consejo de la UE, con el fin de implementar las innovaciones derivadas de aquél Tratado, de modo que fueran asegurados a los ciudadanos participar activamente en el proceso de integración europea, además pretender crear condiciones necesarias para la integración y la interacción de los pueblos europeos, prosperando la idea de la identidad del Viejo Continente, la identidad de la propia Unión Europea.

Por lo tanto, este trabajo tiene como objetivo investigar, por medio de un análisis-empírica, si los consejos brasileños de política pública pueden servir como instrumento en la ejecución y aplicación del programa de promoción de la participación social activa en Europa.

Efectivamente, a complejidad de la sociedad multifacetária brasileño y su federalismo atípico y asimétrico enfrentan grandes desafíos, así como hacer frente a la Unión Europea.

Con la democratización hizo en los años 80, a partir de 2003 el gobierno de Brasil va a adoptar la participación social como un “método de gobierno y de gestión”, proliferándose los consejos de participación de los tres niveles de la federación (federal, estatal y municipal/local).

Los Consejos de Políticas Públicas y el fenómeno “consejista” Brasil es tan complejo como la sociedad brasileña en sus contextos históricos y hodiernos

pero asistencias en la incorporación de ejercicio de una democracia más deliberativa.

La experiencia de Brasil en ese sentido, se abre la discusión y análisis de la introducción de estos consejos en la Unión Europea en la promoción de la ciudadanía activa.

Por otra parte, está claro que el Comité Económico y Social de la Unión Europea distingue Consejos brasileños, no sólo para sus formaciones, en cuanto a su amplitud y funciones.

De hecho, existen las dificultades y desafíos, tanto en el Antiguo como en el Nuevo Mundo, pero la democracia deliberativa y participativa emerge cada vez más como un medio de integración y la unidad de un pueblo.

## 1. COMPLEJIDAD DE LA SOCIEDAD BRASILEÑA: DESAFÍOS A LA UNIÓN EUROPEA

Con el desarrollo histórico relativamente reciente en el mundo, la población de Brasil en la actualidad de más de 200 millones convive con sus diferentes sistemas y subsistemas, contingencias y expectativas en la mejor visión luhmanniana (LUHMANN, 1983).

A juntar aspectos de la cultura y la gente europeas, africanas e indígenas de la tierra ya residentes, Brasil presenta un laboratorio de estudio de las diversas ciencias sociales.

Esta complejidad social, en su formación histórica y actual, también se reflejó en el jurídico-dogmática, sin olvidar el contexto social, político y económico.

La sociedad multifacética de Brasil tiene problemas comunes de la Unión Europea, aunque muchos diferentes, pero convergen en el sentido de tratar con un pueblo plural, diverso y con todas sus necesidades y perspectivas.

La República Federativa brasileña adota un sistema federal propio y atípico, que se diferencia del federalismo clásico, dual, a introducir además de la de

los gobiernos central y regional, el gobierno "local" a través de "municipios" como entidades federales autónomas.[156]

Actualmente hay 5.570 municipios de Brasil, distribuidos en los 26 estados de la Federación y el Distrito Federal, y algunos con una población más grande que muchos países, otros con menos de mil habitantes. Algunos tienen una superficie superior a países como es el caso del municipio de Altamira, en el estado de Pará, con casi el doble de grande que Portugal, mientras que otros tienen menos de 4 km2.

Hay Estados con Índice de Desarrollo Humano-IDH superior a 0,8, mientras que otros de menos de 0.7, así como los miembros de la Unión Europea, que varía entre 0,6 y 0,9.

La Constitución Federal de 88 implanta un federalismo de equilibrio, o mismo un federalismo más cooperativo, para otros.

La división federal de poderes es compleja, con competencias privativas de la Unión, exclusivas y concurrientes entre las entidades federales, supletiva y complementarios de los Estados miembros y municipios.

Esto se debe a que, el modelo brasileño, incluso con un fuerte división técnica inicial de poderes basados en la organización de la Federación Americana y, decurrente de la evolución orgánica y conceptual del federalismo, hubo la adopción de técnicas complejas de distribución de competencias, donde comprueba la remisión a un federalismo cooperativo o el equilibrio, pero asimétricamente. Por lo tanto, tienen jurisdicción concurrente (art. 24, CF); competencias comunes (art. 23, CF) y la delegación de facultades (artículo 22, párrafo único, CF).

Las competencias federativas brasileñas son mucho más complejas que las competencias exclusivas, competencias compartidas y competencias de apoyo, claramente establecidos en el Tratado de Lisboa.

---

[156] A ejemplo, la diversidad y complejidad municipales registran la existencia de más de 5.000 Consejos Municipales de Salud, el 77% de los municipios de la Consejos de Educación, las funciones permanentes y deliberativa de las políticas públicas de sus acciones. (In IBGE, 2009).

# 2. LOS CONSEJOS DE POLÍTICAS PÚBLICAS BRASILEÑOS

## 2.1 CONSEJOS DE POLÍTICAS PÚBLICAS - LA DIVERSIDAD Y EL FEDERALISMO

Con Constitución de Brasil de 1988 hubo una descentralización administrativa que ha permitido la creación de los consejos gestores de políticas publicas (GOHN, 2000; RAICHELIS, 2000).

Sin embargo, el concepto de "consejo" no es algo fácil o sistémico.

Inicialmente, la polisemia y los diversos empleos del término "consejo" complican la pretensión de una definición conceptual.157 Algunos llamarán "consejos representativos de la sociedad civil", "consejos de participación popular", "consejos gestores", "consejos sociales", entre otras terminologías.

Con este proceso democrático pos-88, los consejos se convirtieron en uno de los principales canales de participación popular que se encuentra en los tres niveles de gobierno: federal, estatal y municipal.

En el último balance del gobierno realizado por el Ministerio de Planeamiento, informó sobre la existencia de más de 10.000 consejos en todo Brasil a nivel federal, estatal y municipal (BRASIL, 2011).

Según CUNHA (2004), sumándose a los consejos existentes a época, se estima que 1,5 millones de personas que trabajan en estes espacios, una cifra que, como ha señalado AVRITZER (2008), supera, por ejemplo, la cantidad actual de vereadores (representantes del parlamento municipal).

---

157 La formación y creación por los distintos entes federales también obstaculizan una nomenclatura estándar, así como una amplia variedad de tareas, composiciones y cualificaciones.

Aunque muy extendidos en Brasil, los consejos como los canales de participación popular tienen una historia que se remonta a la escena de la Europa moderna y industrial,158 que constituyen la demanda tanto de los liberales y la izquierda.

Muchos consejos tienen existencia previa de la Carta 88159, y muchos otros fueron desarrollados en los años 90. Especialmente, desde el año 2003 hubo una proliferación en el proceso de institucionalización de estos espacios sociales y la cogestión, destacando las áreas de la política pública.

## 2.2 CONSEJOS: CANALES DIRECTOS DE LA CIUDADANÍA ACTIVA

Los consejos "gestores" de las políticas públicas son canales efectivos de participación, para establecer una sociedad en la que la ciudadanía ya no es sólo un derecho, sino una realidad. Son espacios públicos de composición plural y de paridad entre el Estado y la sociedad civil, por lo general deliberante y consultivo en su naturaleza, cuya función, en general, es formular y supervisar la aplicación de las políticas públicas sectoriales.

La importancia de los consejos es en su papel de fortalecimiento de la participación democrática de la población en la formulación, ejecución, seguimiento y evaluación de las políticas públicas a fin.

En general, el consejo puede definirse como organismos públicos permanentes y autónomos, vinculados a los órganos del ejecutivo, de composición

---

158 En el contexto histórico, registrase la Comuna de París, el consejo de los soviets rusos, los operativos de Turín y los consejos de la democracia estadounidense.

159 Dentre los más antiguos, hay el Consejo Nacional de Salud de 1937 y el Consejo de Defensa de los Derechos de la Persona Humana de 1964.

participativa160, deliberativa y/o consulta, por regla general, y creado por ley o por decreto del gobierno de cada esfera de la federación; con el poder emancipador de la influencia normativa de la voluntad del Estado, así como establecer las directrices para la elaboración de planes, programas, acciones y políticas sociales y de los recursos involucrados, además de ejercer las funciones de control y supervisión de las políticas en los ámbitos en los que opera.

### 2.2.1 FORMACIÓN Y CLASIFICACIÓN

Como formación, los consejos son heterogéneos e híbridos. Sin embargo, sus formas institucionales y las composiciones no son homogéneas, ni existe la disciplina general normativa, que se realizan de conformidad con las facultades otorgadas a las entidades federales, así como de la propia iniciativa de la movilización social.

En los consejos, hay la participación de los actores del poder ejecutivo y la sociedad civil relacionadas con el tema en el que opera el consejo. La forma institucional de los consejos, por regla general, se ordena por los parámetros de la ley federal y, a partir de entonces, se define por la legislación local, adoptando como principio la participación de representantes de la sociedad civil.

Cuanto a sus representantes, puede haber una paridad o no entre el Estado y la sociedad civil. Considere consejo paritario como aquel en lo que para cada representante del Estado, habrá un representante de la sociedad civil, por lo que la junta directiva se compone de un número de concejales equinânime, equilibrándose las fuerzas y opiniones, lo que hace que sea más equitativo y

---

160 Al menos deseable y recomendado. La participación social en los consejos debe ser vista como un principio, a pesar de existir consejos para que no cumplen. Ex Junta Directiva de la Bolsa Família - CGPBF (Decreto N º 5.209/2004), Consejo Deliberativo del Sistema de Protección de la Amazonía - CONSIPAM (Ley N º 10.683/2003 y el Decreto de 18 de octubre, 1999) y el Nacional de Tránsito - CONTRAN (Ley N º 9.503/97).

democrático, sea el bipartita, tripartita o cuatripartita.161 El non-paritario se produce cuando el consejo permite la participación social, pero no de manera paritaria entre sus miembros. 162

Los criterios de elección y representación de los consejeros y la duración del mandato son generalmente realizadas por el acto normativo de creación de cada consejo. El consejero no es remunerado y el míster es considerado como un munus publico.

Clasificar los consejos no es fácil importar, ya sea por la heterogeneidad en sus formaciones, estructuras, objetivos y acciones, ya sea por la carencia de doctrina específica sobre el tema.

Algunos consejos tienen carácter constitucional, y la mayoría de ellos son creados por la ley y otras disposiciones normativas, dándole un carácter institucional. 163

En cuanto al ámbito territorial de competencia, los consejos pueden ser nacional (carácter federal), estatal o distrital, municipal o mixta (cuando se creó en colaboración con más de una entidad federativa).

En cuanto a la participación social, esto debe ser visto como un principio aplicable a todos los consejos, a pesar de existir consejos tan institucionalizados que no cumplan.

Los consejos de políticas públicas involucran diferentes actores sociales en las áreas de salud, bienestar social, desarrollo rural, educación, medio ambiente,

---

161 Ex. Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología (8 representantes de cada uno: el Gobierno Federal y los productores y usuarios de la ciencia y la tecnología), el Consejo Nacional de Seguridad Pública (12 espacios para la sociedad civil - 40%, 9 a los trabajadores de la zona - 30% y 9 plazas para representantes del gobierno - 30%).

162 Ex. Consejos de Salud (25% de los representantes del gobierno, el 25% de los representantes de las organizaciones no gubernamentales y el 50% de los usuarios de los servicios de salud - SUS), el Consejo Nacional de la Juventud (un tercio de los representantes del Gobierno y dos tercios de la sociedad civil) y la Política Nacional Criminal y Penitenciaria (13 miembros).

163 Registrase, todavia, la existencia de consejos sin paridad cuando se forman exclusivamente por la sociedad civil, sin ningún representante del gobierno, como en muchos consejos comunitarios constituidos.

planificación, consejos de derechos de los niños y adolescentes, de los negros, de las mujeres, de los ancianos, del trabajo y del empleo, entre otros.

### 2.2.2 FUNCIONES

Ciertamente, no existe un parámetro nacional sobre las funciones realizadas por sinnúmeros consejos, no sólo porque muchos son anteriores a la Constitución vigente, así como las más diversas áreas, tareas y clasificaciones dentro de las 03 esferas federativas. Sin embargo, debido a su objetivo principal, trata de clasificar las funciones de los consejos básicamente 04 (deliberativa, consultiva, de regulación y supervisión), de manera exclusivas o concurrentes.

Considera que la función deliberativa el poder de definir sobre la implementación y tomar decisiones sobre las estrategias de política o gestión de recursos, además de propuestas deliberadas y las resoluciones y/o aprobarlas.

Esta función se puede subdividir en deliberativa no vinculantes (opcional) y deliberativa vinculante (obligatorio). La primera es el poder de decisión del consejo o de su deliberación no tiene efectos vinculantes e erga omnes. A pesar de decidir y deliberar, la propuesta no obliga al Gobierno, las instituciones o la sociedad. La segunda, las decisiones del consejo son imperativas para los agentes y órganos por ellos abrangidos, por lo que es obligatorio (o casi - bien entendido que las directrices). Como regla general, por ser eficacia cogente, este carácter es atribuido a la ley. [164]

Del mismo modo, las deliberaciones pueden ser compartidas o condicionadas a la aprobación de la autoridad del órgano que el consejo está vinculado, por el propio reglamento.

---

[164] Citase las resoluciones del Consejo Nacional de Política Criminal y Penitenciaria - CNPCP, el Consejo Nacional del Medio Ambiente - CONAMA , el Consejo Nacional de Tránsito - CONTRAN y el Consejo Nacional de Educación - CNE.

La función consultiva se refiere a la emisión de opiniones, sugerencias, aclarar dudas, análisis e investigaciones sobre los temas que están acostumbrados y relacionados o indicar acciones o políticas, aconsejar, ayudar y contribuir. Cuando el análisis, opinión o sugerencia viene del propio consejo tiene la a función proposicional, dejando la decisión a otro agente o órgano.

Derivados de la función consultiva se extrae función evaluativa para el seguimiento sistemático de las medidas adoptadas por el Estado en relación con la especificidad de los consejos, con el fin de identificar los problemas y proponer alternativas para mejorar el servicio, acciones o políticas.

Por la función normativa, el colegiado consejista puede establecer normas y directrices de su competencia, así como el desarrollo de normas adicionales e interpretar la legislación correspondiente.

La función de supervisionar se refiere al seguimiento y supervisa la implementación, operación y ejecución de las políticas y la gestión de los recursos, así como la verificación del cumplimiento de las leyes, cuya función se relaciona también con la función de control, como corolario de la accountability social.

Cabe señalar que la mayoría aplastante de los consejos tienen funciones acumulativas al mismo tiempo. [165] Por último, en el contexto de nuestro estudio, destacamos también las funciones de investigación del Consejo Nacional de la Persona Humana - CDDPH, cuya principal función es recibir denuncias e investigar - en colaboración con las autoridades competentes - violaciones de los derechos humanos especial la gravedad de cobertura nacional, como los casos de asesinatos, masacres, exterminios y abusos cometidos por las operaciones de la policía militar, etc.

## 3. LA EXPERIENCIA DE LOS CONSEJOS DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE BRASIL PARA LA UNIÓN EUROPEA

---

[165] Ex. el CONAMA y el CNE (normativo, consultivo, deliberativo etc).

## 3.1 Ciudadanía y participación activa en la Unión Europea

La preocupación en Europa para integrar a los ciudadanos en la vida política es histórica, como sabido, y la integración en el continente, los Tratados Acta Única Europea, de Maastricht, Amsterdam y Niza disciplinan e informan a la ciudadanía participativa europea , ya que el factor intrínseco al estado democrático. En los últimos tres años, reforzó la legitimidad de la institucionalidad democrática y la extensión de la aplicación de un procedimiento de co-decisión.

La participación ciudadana activa democratiza el sistema de toma de decisiones, permite una mayor visibilidad de expresión y de las demandas sociales, la promoción de la igualdad y la equidad en las políticas públicas, y se extiende a los derechos. En la Unión Europea, además de estas funciones, la ciudadanía tiene un papel integrador , relevante para una mayor integración entre los estados miembros enfoque comunitario y la identidad de un pueblo europeo.

Es prudente señalar que el concepto de un ciudadano europeo puede ser más ancha que la ciudadanía de cada Estado miembro, ya que es quien tiene la nacionalidad de un estado miembro de la UE, por lo que sólo se integra y complementa la ciudadanía nacional sin sustituirla (CALLEJÓN, 2012). En consecuencia, la ciudadanía europea es una parte integrante del Tratado de Funcionamiento de la UE, dando a los ciudadanos europeos una serie de derechos.

El Tratado de Lisboa establece el principio de la ciudadanía europea en los tratados constitutivos de la UE, así como refuerza la representación y la participación ciudadana en el proceso europeo, como uno de sus fundamentos (art. 8º-A, TUE), y la creación de una iniciativa la ciudadanía como uno de sus principales novedades. Al reconocer plenamente la ciudadanía europea (art. 10.º), dijo que los ciudadanos estarán directamente representados en el plano institucional por el Parlamento Europeo y sus decisiones deben estar más cerca de sus verdaderos dueños - los ciudadanos. Ha fomentado tanto el principio de subsidiariedad.

Por otra parte, el Tratado de Lisboa (art. 152.º del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea - TFUE) reconoce el papel de los interlocutores

sociales en las relaciones laborales y el diálogo social. Del mismo modo, el artículo 11.º del Tratado de la Unión Europea se prevé la realización de un diálogo abierto, transparente y regular con las organizaciones de la sociedad civil, y esta línea, el Tratado de Lisboa (artículo 15.º TFUE) reconoce la importancia de la participación de la sociedad civil para el buen gobierno del bloque. En efecto, el Comité Económico y Social Europeo - CESE representa a la sociedad civil a nivel europeo, que se discute más adelante.

Sin embargo, la participación de la sociedad civil en la UE no sólo se produce en la CESE como lo es con la interfaz o el diálogo social como la Confederación Europea de Sindicatos (CES) y la Asociación Europea del Artesanado y de la Pequeña y Mediana Empresa (UEAPME), como ejemplos.

Sin lugar a dudas, el Tratado de Lisboa pretende reducir el llamado "déficit democrático", por la existencia de órganos para dar mayor legitimidad democrática a la UE y un mayor acceso a los ciudadanos.

## 3.2 EL PROGRAMA "EUROPA CON LOS CIUDADANOS " (2007-2013)

Como fomento a la promoción de una ciudadanía europea más activa, el Parlamento Europeo y el Consejo de la UE, mediante la Decisión nº 1904/2006/CE establece el programa " Europa con los ciudadanos ", que abarca el período de 2007 a 2013, y sus modificaciones mediante la Decisión nº 1358/2008/CE.

En mantener y desarrollar el programa de "ciudadanía europea activa" (2004-2006), pretenden que el "Europa con los ciudadanos" conceda medidas comunitarias de subvención o contratos públicos a organizaciones que operan dentro de la participación ciudadana europea y promover acciones que contribuyan a la difusión de este objetivo la UE.

La UE reconoce cada vez más que el proceso de integración y unidad europea requiere la participación de la gente, para que puedan compartir e intercambiar experiencias, opiniones y valores, y fomentar la interacción entre los

ciudadanos y las organizaciones de la sociedad civil de todos sus miembros, a través de un diálogo intercultural.

La diversidad y las diferencias económicas, culturales y personas históricas europeas serán reducidas en la medida en que dicha integración se puede extender e ser implementada. Nada vale la pena la unión política y económica de los países si no hay una unidad y el sentido de la ciudadanía único y integrado.

Las diferencias en los distintos países se reducen cuando la población reconoce e interactúa con la cultura extranjera, armoniosa y plural.

Es un silogismo lógico: cuanto mayor es la interacción de muchos pueblos por la participación y el diálogo intercultural, mayor es el sentido de la unidad y la identidad de estas personas, con el fortalecimiento de la democracia y la garantía de derechos.

A través de acciones específicas y concretas (art. 3.º), el programa pretende alcanzar diversos actores sociales, como las autoridades y organizaciones locales, organizaciones de investigación sobre política pública europea (grupos de reflexitud), los grupos de ciudadanos y otras organizaciones la sociedad civil (art. 6.º), además de ampliar sus acciones a los no miembros (art. 5.º).

La "Europa con los ciudadanos" pulse el principio de subsidiariedad y el interés de la cohesión.

## 3.3 EXPERIENCIA CONSEJISTA EN BRASIL COMO LA PROMOCIÓN DE LA CIUDADANÍA EUROPEA ACTIVA

Los consejos de políticas públicas son espacios institucionales de diálogo entre el Estado y la sociedad, como resultado de la realización de los movimientos sociales para la democratización del Estado brasileño. En ellos, encuéntrese la función de la esfera pública en identificar y entender los problemas sociales y las políticas públicas sectoriales, y ejercer influencia en el sistema político de las cuestiones debatidas y problematizado en esa esfera.

En Brasil, el reconocimiento institucional por el sistema político de los consejos es la confirmación de que se trata de espacios públicos existentes, y el mundo de la vida de los diferentes agentes y actores que la componen, integran o participan.

Este es un espacio público donde las expectativas de comportamiento estabilizadas y coercitivamente y los procesos racionales de legislación y aplicación normativas permiten las que las decisiones de ellos resultantes deriven del consentimiento racional de los afectados por la norma (legitimidad). Esta esfera, por lo tanto, representa un canal de la modernidad emancipadora, por la que se permite la formación de un consenso que se base racional.

El procedimentalismo de los consejos, en la creación y el fomento de las políticas públicas y las leyes, "proporciona los elementos para salir del atolladero creado por el modelo del estado de bienestar" (HABERMAS, p. 147, I). Los consejos brasileños conviertan en una referencia teórica y práctica el espacio deliberativo y participativo proceso democrático y de diálogo.

En 2011, con motivo de las propuestas para la elaboración del Plan Plurianual (PPA 2012-2015) se presentaron por los Consejos sus propuestas, con el 77 % de las acciones sugeridas fueron completamente incorporadas y el 20% aceptó parcialmente (BRASIL, 2012).

En este contexto, los consejos nacionales, p. ej., fomentan la creación y/o mejora de los consejos estatales y municipales, y los actores que lo componen regresan a sus bases y, por su vez, integran a otras esperas públicas. Los consejos se convierten en difusores de una red de comunicación.

En la investigación, el IPEA reveló que más del 70 % de los consejeros nacionales, afirmaran participar o han participado en algún otro consejo. Por otra parte, 82 % informó tener base de apoyo, considerado como el principal grupo de personas representadas por un consejero. Y entre los reportados para tener una base de apoyo, más de 90 % se comunican con frecuencia o siempre en sus bases.

Hasta el momento de esta investigación, las respuestas dadas a la pregunta acerca de los puntos fuertes del consejo, el 24% de ellos hablan de la capacidad del consejo para proponer políticas públicas y el 28% citó una fuerte capacidad de punto a asistencia guiada algún tema en la agenda pública. Las

percepciones sobre el impacto en la agenda del Congreso y la opinión pública todavía son vistos como puntos negativos de este estudio.

### 3.3.2 El Comité Económico y Social Europeo: diferencias y amplitudes

O Comitê Econômico e Social Europeu - CESE, fundado em 1957 quando da instituição da Comunidade Econômica Europeia, é um órgão consultivo da UE, com o objetivo de representar os interesses dos vários grupos econômicos e sociais.

Sem dúvida, o CESE representa importante papel mediador entre a UE e a sociedade civil, com o verdadeiro espaço público e exercício da democracia participativa no continente europeu.

El Comité Económico y Social Europeo - CESE, fundado en 1957, cuando la institución de la Comunidad Económica Europea, es un órgano consultivo de la UE, con el objetivo de representar los intereses de los distintos grupos económicos y sociales.

Sin lugar a dudas, el CESE es un papel mediador importante entre la UE y la sociedad civil, con el verdadero espacio público y el ejercicio de la democracia participativa en Europa.

A pesar de su composición, la formación, y el enfoque objetivo de los Consejos de Políticas Públicas en Brasil, mucho distanciarse.

Por lo tanto, con el fin de presentar las similitudes y diferencias en más didáctico tiene la siguiente:

| | **Comité Econômico y Social Europeo** | **Consejos de Políticas Públicas** |
|---|---|---|
| **Composición/ Formación** | Heterogênea (con miembros únicos para temas vários) | Heterogênea (con miembros plúrimos para tema vários) |
| **Abrangencia temática** | Plúrima por órgano único | Plúrima por órganos diversos |
| **Función** | Consultiva, con posibilidad de prepositiva | Cumulativas diversas: consultiva deliberativa, |

| | | |
|---|---|---|
| | | propositiva, normativa, supervisora y evaluativa |
| **Tomada de decisiones** | No vinculativa | Puede ser vinculativa |
| **Amplitud/area de atuacción territorial** | Nivel central/continental | Niveles diversos: central, regional y local (municipal) o misto |
| **Representatividad** | Participativa triple (empleadores, empleados y sociedad civil) | Participativa paritaria (dual – poder público y sociedad, como regla), pero permite la forma triple o múltipla |
| **Mandato del miembro** | 5 años, renovable | 2 anos, renováveis, em general |
| **Ingreso del membro** | Designación de los gobiernos nacionales y nombrados por el Consejo de Ministros | Elección de todos los miembros, excepto los gubernamentales, y nombrados por la autoridad competente. |

Aunque es similar en su formación y su carácter heterogéneo, diferente del Comité de los Consejos, ya que los miembros únicos de la Comisión hacen frente a diversos temas, mientras que los consejos diversos temas son tratados por varios miembros. Esto significa que la polarización de los consejos es más amplia, ya que las discusiones temáticas se distinguen por zonas y segmentos, lo que favorece la especialización del tema. El ejemplo, en los consejos relacionados con el niño o el tránsito no es muy viable la participación de un agricultor representante mucho más propicio para asistir a un consejo de desarrollo y medio ambiente.

Por otra parte, el debate entre más de 340 miembros que el Comité cuenta con una diversa connotación de un consejo con menos de 40 miembros.

El número de miembros de la Comisión se limita a un solo órgano, mientras que os consejos esta pluralidad está garantizada en diversos órganos (varias consejos en las 03 esferas federativas).

La función del Comité es de eminitemente consultiva, con algunas situaciones obligatorias, con la capacidad de realizar la función propositiva. Ya los consejos brasileños, las funciones suelen ser acumulativos, y además de la, el ejercicio deliberativo, de supervisión, evaluación, y normativo por necesaria a veces.

Dai dijo que la tomada de la decisión del Comité será siempre consultivo y no vinculante para el Parlamento Europeo, el Consejo de la UE y la Comisión

Europea, mientras que hay consejos que vinculan la acción del Gobierno, y áreas para ellos integrales, por disposición expresa normativa.

El alcance de los consejos brasileños se resume en los números, lo que distingue al CESE.

En una población europea con más de 500 millones de personas, lo que representa se le da el Comité para un máximo de 350 miembros (art. 301.º - TFUE), mientras que en Brasil, con cerca de 200 millones de dólares, más de 7.000 consejos sólo de políticas públicas en diversas áreas, que de por sí demuestra la amplitud de la representación participativa.

Con el número máximo de representantes, se debe admitir que el Comité sólo actúa a nivel central - Europa continental - lo que podría reducir las discusiones temáticas locales y regionales. En Brasil, la existencia de consejos nacionales, estatales, municipales o mixtos, por la colaboración de más de una entidad federal, no sólo amplía el debate más localizado, pero también tiende a verificar la realidad de cada ámbito territorial. Al promover esta integración y la interacción, no es más que la aplicación del principio de subsidiariedad, tan importante en el ámbito europeo.

En cuanto a la representatividad y de sus miembros, la exclusividad participativa triple CESE puede dañar a la discusión del tema, cuando determinada disciplina requiere de múltiples partes interesadas, y que la posibilidad de ejercer el mandato de 10 años está empezando a cuestionar el democrático-republicano en vista de la naturaleza temporal de la representación.

Cuando se aumenta la posibilidad de renovación de sus miembros, aumenta la idea de una ciudadanía activa y participativa, integrada y dinámica.

En este contexto, la elección de los miembros de los consejos brasileños por parte de sus propios compañeros, a excepción de los miembros del gobierno, denota el ideal democrático participativo y el objetivo que se propone el consejo.

La manera de elegir representantes es fundamental para la calidad de la representación.

El pluralismo, a su vez, está directamente relacionado con la diversidad de instituciones, asociaciones y organizaciones que tienen acceso a la colegiata.

Por último, para el efecto académico, se hace constar que el Comité Regional Europeo difiere en esencia de los Consejos brasileños ante su naturaleza participativa social, mientras que el Comité de las Regiones, a pesar de que es un órgano consultivo y heterónomo, está formado por grupos políticos sociales o regionales esto excluye el carácter participativo de la ciudadanía activa.

### 3.3.3 DIFICULTADES Y DESAFÍOS

Hay muchas dificultades en Brasil, que también pueden ser asimiladas a las instituciones europeas en cuanto a la composición y constitución de los órganos colegiados. En definitiva, se trata de cuestiones relacionadas con la representación que deben ser: igual (en el sentido material, porque sus miembros deben ser iguales y paritarios), proporcional (es decir, una representación equivalente a la población representada y que cumple con la finalidad prevista), autónoma (libre elección de los miembros, sin interferencias políticas o factores exógenos) y calificada (con capacidad técnico-política de discusión).

Como un ejemplo, en el estudio a que se refiere el IPEA, los consejeros nacionales, en su mayoría son hombres, blancos, de clases media y alta, altamente preparados y tienen más de 40 años, que no está listo para revelar el patrón de la sociedad brasileña.

En cuanto a la estructura, es evidente que hay una tendencia de los consejos municipales no están tan bien equipados y estructurados para consejos estatales y los consejos nacionales, como, en general, a excepción de casos específicos de funcionamiento. Hay quejas por la falta de infraestructura logística, técnica y operativa, y las cuestiones presupuestarias y financieras.

En cuanto a funciones, el mayor desafíos de los consejos brasileños es la eficacia de sus deliberaciones, ya que la mayor parte de las deliberaciones de los consejos no tienen ningún sello requerido o vinculante para el Poder Público. Es decir, a falta de instrumentos políticos y jurídicos para la consecución de sus deliberaciones.

Otro desafío es el carácter de articulación y integración entre los distintos consejos, sean el nivel vertical (entre las entidades federales) sean el nivel horizontal (mismas entidades federales, pero con diferentes temas). No hay un sistema nacional de consejos, sea por falta de legislación sea por la propia autonomía de los consejos y la falta de jerarquía interconsejos.

Si las críticas surgen porque los consejos no tienen la tomada de decisiones de las políticas públicas, la función de movilización, propagación, el cuestionamiento y el debate, creación y expansión de otras esferas públicas no pueden ser eliminadas.

El espacio público de discusión de los consejos no quita la característica de estar en el escenario y arenas donde los actores pueden alejarse de la esfera de la política social , por lo que el espacio de fuerzas e intereses (THEODORO, 2002).

Los desafíos y las dificultades que enfrentan los consejos de política, son los tanto muchos y tan complejos como su propia formación y la institucionalización en cada esfera federal. Pocos problemas pueden ser considerados comunes a todos, pero no se puede comparar a un consejo del interior del nordeste brasileño o las ciudades ribereñas del Amazonas, con los que enfrentan las grandes capitales. También no significa decir que la efectividad obtenida y el resultado previsto de las políticas por parte de aquellos pueden ser menos de éstos, o viceversa.

La diversidad “consejista” en Brasil revela una serie de desafíos, así como las diferencias que representan estas esferas públicas.

Sin embargo, las limitaciones y las dificultades que enfrentan los consejos de política social son reconocidos por sus actores o instituciones públicas no afectan a su reducción al mínimo como contribución a la extensión de la ciudadanía en el espacio público democrático.

## CONCLUSIÓN

Los Consejos de Políticas Públicas en Brasil, como espacios públicos, ha puesto de manifiesto en su papel en posibilitar y ampliar la calidad y la legitimidad de

las políticas públicas y el cumplimiento de los derechos humanos, además de que su institucionalización convierte realización del principio democrático.

La complejidad y la diversidad de la sociedad brasileña, así como en la UE, y la consiguiente variedad de intereses, expectativas y opiniones refuerzan la necesidad de crear herramientas que implementan la participación activa de la ciudadanía, un proceso legitimado en la tomada de decisiones.

En particular, el estudio de los Consejos de Brasil podría volver a la viabilidad de su ejecución en la Unión Europea, después de especificidades adecuadas, dada su amplitud, el formato y la función, a través del programa "Europa con los ciudadanos" (2007-2013).

El espacio "consejista" representa la realización de los principios de subsidiariedad y de integración aplicados en la UE, con un mecanismo de ofrecer a los ciudadanos una participación activa en el proceso de integración europea, la tomada de decisiones y la creación de su propia identidad en el continente.

Los Consejos de Políticas Públicas son un canal directo de la participación social activa, donde se integra, discute, dialoga, cuestiona temas variados y de interés de la población, así como son mecanismos institucionales de interacción, seguimiento y monitoreo de las políticas públicas, su creación y de derechos. Los consejos ganan expresa y relevante papel en este proceso de deliberación.

Por los consejos hay el ejercicio de la democracia participativa, poniendo la sociedad civil como actor principal.

Conocer la experiencia "consejista" brasileña puede ser una herramienta eficaz en la promoción de la ciudadanía europea activa participativa, y sus dificuldades y desafíos a ser enfrentados y acercar una realidad brasileña de la europea en busca de una democracia participativa, no les quitan su importancia en un mundo de la vida complejo y diverso.

## REFERENCIAS

AVRITZER, L. **Civil society, participatory institutions, and representation**: From authorization to the legitimacy of action. **Dados** [online]. 2008, v. 4, Selected edition.

BRASIL. **Mensagem ao Congresso Nacional 2012**. Disponível em: http://www2.planalto.gov.br/imprensa/discursos/mensagem-ao-congresso-nacional-2012-zip. Acesso em: 09 mar 2013.

________. 2011. Balanço de Governo 2003-2010. **5 Democracia e Diálogo**. Disponível em: <http://www.balancodegoverno.presidencia.gov.br/>. Acesso em: 6 jun. 2011.

CALLEJÓN, Francisco Balaguer (coord.) *et al*. **Manual de Derecho Constitucional**. V. 1. 7 ed. Madrid: Tecnos, 2012.

CUNHA, E. S. M. **Aprofundando a democracia: o potencial dos conselhos de políticas e orçamentos participativos**. Dissertação (Mestrado) – Departamento de Ciência Política, UFMG, Belo Horizonte, 2004.

GOHN, Maria da Glória. **Conselhos populares e participação popular**. Revista Serviço Social e Sociedade, São Paulo, n. 34, 1990.

________. **O papel dos conselhos gestores na gestão urbana**. *En publicacion: Repensando la experiencia urbana de América Latina: cuestiones, conceptos y valores*. Ana Clara Torres Ribeiro. CLACSO. 2000. Disponível em: <http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/urbano/gohn.pdf>, Acesso: 6 jul. 2011.

GONZÁLEZ, Rodrigo Stumpf. **Democracia e conselho de controle de políticas públicas: uma análise comparativa**. Tese (Doutorado em Ciência Política) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2000.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. [1992] v. I e II. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

IBGE – INSTITUTO BRASILEIRO GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. Diretoria de Pesquisas, Coordenação de População e Indicadores Sociais. **Pesquisa de Informações Básicas Municipais 2009**.

IPEA – INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. **Instituições participativas e políticas públicas no Brasil: características e evolução na última década. Brasil em Desenvolvimento**, v. 3, p. 565-587, 2010.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **Os Conselhos de Participação Popular. Validade Jurídica de suas Decisões**. Revista de Direito Sanitário, vol. 1, n. 1, p. 23-35, nov. 2000.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito I**. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

RAICHELIS, R. **Sistematização: os conselhos de gestão no contexto internacional.** In: CARVALHO, M. C. A.; TEIXEIRA, A. C. C. (Org.). **Conselhos gestores de políticas públicas**. São Paulo: Pólis, 2000.

THEODORO, Mário. Participação social em políticas públicas: os conselhos federais de política social – o caso Codefat. Brasília: Ipea, 2002 (Texto para discussão, n. 931).

# A ANÁLISE DOS CONSELHOS DE POLÍTICAS PÚBLICAS BRASILEIROS COMO PROMOÇÃO DA CIDADANIA EUROPEIA ATIVA: UM ENFOQUE NO PROGRAMA «EUROPA PARA OS CIDADÃOS» (2007-2013)

**[*]João Francisco da Mota Junior**

## INTRODUÇÃO

Um dos pontos relevantes do Tratado de Lisboa é o tratamento do cidadão no centro da União Europeia (UE) e das suas instituições, e por meio de um novo artigo (art. 10) houve o reconhecimento da cidadania europeia plenamente.

Após algumas ações e programas visando ao fomento da participação cidadã, surge o programa “Europa para os Cidadãos” (2007-2013) criado pelo Parlamento Europeu e do Conselho da UE, a fim de implementar as inovações advindas daquele Tratado, de modo que fossem assegurados aos cidadãos uma participação ativa no processo da integração europeia, além de se pretender criar condições necessárias para integração e interação dos povos europeus, fazendo prosperar a noção de identidade do Velho Continente, a própria identidade da pujante UE.

No Novo Continente, com recente democracia, a experiência de participação social do Brasil nas últimas décadas pode servir como parâmetro ou estudo de promoção da cidadania ativa, numa sociedade complexa, diversa e plural.

Assim, este artigo pretende indagar, por meio de uma análise-empírica, se os conselhos de políticas públicas brasileiros podem servir como um dos instrumentos na execução e implementação do referido programa dentro da promoção da participação social ativa europeia.

---

[*] Mestrando em Direito Constitucional pelo Instituto Brasilense de Direito Público – IDP. Professor da Unieuro (Brasília-DF). Analista de Finanças e Controle - Controladoria-Geral da União, requisitado à Presidência da República onde exerce o cargo de Assessor.

Com efeito, a complexidade da sociedade multifacetária brasileira e seus federalismo atípico e assimétrico enfrentam grandes desafios assim como enfrenta a União Europeia.

Com a redemocratização realizada na década de 80, a partir de 2003 o Estado brasileiro passa a adotar a participação social como "método de governo e gestão"166, proliferando-se os conselhos participativos nas três esferas da federação (federal, estaduais e municipais/locais).

Os Conselhos de Políticas Públicas e a fenômeno "conselhista" brasileiro é tão complexo quanto à própria sociedade brasileira em seus contextos históricos e hodiernos, mas que auxilia na incorporação de exercício de uma democracia mais deliberativa.

A experiência brasileira, nesse aspecto, abre a discussão e a análise sobre a introdução desses conselhos na União Europeia como promoção da cidadania ativa.

Outrossim, percebe-se que o Comitê Econômico e Social Europeu diferencia dos Conselhos brasileiros, não apenas por suas formações, quanto às sua amplitudes e funções.

De fato, as dificuldades e desafios existem tanto no Velho quanto no Novo Continente, mas que a democracia deliberativa e participativa cada vez mais surge como forma de integração e união de um povo.

## 1. A COMPLEXIDADE DA SOCIEDADE BRASILEIRA: DESAFIOS COMO DA UNIÃO EUROPEIA

### 1.1 A sociedade multifacetária do Brasil

---

166 O Governo Federal oficialmente assim o adota e é propagado por da Secretaria-Geral da Presidência da República, pasta ministerial, criada em 2003, responsável pelo relacionamento e articulação com as entidades da sociedade civil e na criação e implementação de instrumentos de consulta e participação popular de interesse do Poder Executivo Federal.

De conhecimento amplo e global, o Brasil é um país plúrimo, em seus vários sentidos, com contrastes sociais, culturais e econômicos, quase inimagináveis – mais explicáveis!

Com formação histórica relativamente recente para parte do mundo, a sua população atual de mais de 200 milhões convive com seus diversos sistemas e subsistemas, contigências e expectativas na melhor visão luhmanniana (LUHMANN, 1983).

Juntando-se aspectos da cultura e de povos europeus, africanos e os indígenas da terra já resistentes, o Brasil apresenta um laboratório de estudos para as variadas ciências sociais.

Os números, por si sós, demonstram o pluralismo brasileiro. Conforme Censo 2010 (IBGE), quanto à formação étnico-racial, 43% da população declarou-se parda[167], para 47,7% brancos, 7,6 % negras, 2,1% amarelas[168], e apenas 0,47% indígenas[169][170].

Segundo ainda o Censo 2010 (IBGE), em porcentagem, 32,7 dos brasileiros recebia salário mínimo[171] e a desigualdade faz refletir em outros campos, como no acesso ao nível superior escolar. Entre jovens de 15 a 24 anos, somente 12,8 dos negros e 13,4 dos pardos tinham esse acesso, para 31,1 dos brancos.

---

167Termo oficial e formalmente utilizado para descrever alguém de ascendência mista, o mestiço.

168 Aquelas de origem asiática.

169 Assim, como na América Pré-Colombiana, o extermínio da população originária indígena ou aborígine trouxe prejuízos irreparáveis até os dias atuais.

170 Apesar de estas cinco categorias utilizadas pelo IBGE serem, por vezes, alvo de críticas, o IBGE considera que elas ajudam a construir um papel legitimador das representações sobre os diversos grupos étnicos raciais que convivem no Brasil (IBGE, 2008, p. 12).

171 À época R$ 510,00, sendo hoje no valor de R$ 678,00 correspondente aproximadamente a US$ 339 ou □ 258,00.

Em estudo realizado pela FINESP em 2012, em relação à religiosidade – intimamente ligada a influências políticas, representativas e normativas – 53% dos brasileiros declaram-se católicos, para 24,9% evangélicos[172]/protestantes, 6% espíritas[173], 2,4% ateu/agnósticos e ainda aqueles que não têm religião mas acreditam em "Deus"[174] (9,7%).

Na década de 60 quando a população era rural (55,3%) passou para 84,4% eminentemente urbana.

Essa complexidade social, em sua formação histórica e atual, também fez refletir no âmbito jurídico-dogmático, sem olvidar os sociais, políticos e econômicos.

Com efeito, quanto maior a complexidade da sociedade, maior é a pluralização de formas de vida e a individualização de história de vida, o que reduzem ou inibem a convergência de convicções (HABERMAS, 2003, p. 44).

A sociedade multifacetária do Brasil tem problemas em comuns da União Europeia, ainda que muitos diferentes, mas convergem no sentido de lidar com um povo plural, diverso e com todas as suas exigências e perspectivas.

## 1.2 O Federalismo atípico e assimétrico

A República Federativa brasileira adora um sistema federativo próprio e atípico, que difere do federalismo clássico, dual, ao introduzir além dos governos central e regional, o governo "local", por meio dos "municípios", como entes federativos autônomos.[175]

---

172 O conceito de evangélico no Brasil é tão amplo quanto às suas mais variadas vertentes igrejas.

173 Incluindo doutrina de Allan Kardec, e as africanas: Umbanda e Camdomblé.

174 O *status* de laicidade do estado brasileiro, com previsão constitucional, não impediu que a expressão "sob a proteção de DEUS" deixasse de ser incluída pela Assembleia Constituinte ao elaborar o preâmbulo da Constituição atual.

175 Como exemplo, da diversidade e complexidade municipal registra-se a existência de mais de 5 mil Conselhos Municipais de Saúde, ou 77% dos municípios com Conselhos de Educação, de caráter permanente e funções deliberativas de políticas públicas de sua atuação. (In IBGE, Diretoria de

Atualmente existem 5.570 municípios no Brasil, distribuídos entre os 26 estados da federação, além do Distrito Federal, sendo alguns com população maior que muitos países, outros com menos de mil habitantes. Alguns têm área maior que países, como o caso do Município de Altamira no estado do Pará, com quase duas vezes maior que Portugal, enquanto outros possui menos de 4 km2.

Têm-se Estados com Índice de Desenvolvimento Humano –IDH, acima de 0,8, enquanto outros abaixo de 0.7, assim, como membros da União Europeia que varia entre 0.6 e 0.9.

Com registro de 08 constituições, praticamente intercalaram-se entre as “promulgadas” e as “outorgadas”.

A primeira Constituição republicana de 1891 - e sistema federalista - teve nítida influência da Constituição Americana de 1787, enquanto que a Carta de 34 foi inspirada na Constituição de Weimar de 1919 e a de 37 teve influência da Carta Polonesa de 35, com grande caráter fascista.

Com um rol extenso de direitos fundamentais expressos na Constituição Imperial de 1824, somente em 1932 a mulher pode votar.

De 1891 até 1934, o federalismo foi segregacionista, com ênfase na autonomia local (federalismo dual), para a partir de então se dá início a um federalismo cooperativo. Entre a Carta de 67 até 88, no período do regime militar, houve um fortalecimento do poder central, com redução da autonomia dos estados-membros.

A Constituição Federal de 88 implantou um federalismo de equilíbrio, ou mesmo um federalismo de maior cooperação, para outros.

A repartição de competências federativa é complexa, com competências privativas da União, exclusivas e concorrentes entre os entes federativos, e supletiva e complementar dos estados-membros e municípios.

Isto porque, o modelo brasileiro, mesmo com forte técnica originária de repartição de competências baseada na organização da federação norte-americana, e, em decorrência da evolução conceitual e orgânica do federalismo, houve a adoção de técnicas complexas de distribuição de poderes, onde se verifica o

---

Pesquisas, Coordenação de População e Indicadores Sociais, Pesquisa de Informações Básicas Municipais 2009).

encaminhamento a um federalismo cooperativo ou de equilíbrio, mas de forma assimétrica. Têm-se assim competências concorrentes (art. 24, CF); competências comuns (art. 23, CF) e delegação de competências (art. 22, parágrafo único, CF).

Quanto à competência material (administrativa) algumas são comuns a todas as entidades federadas (art. 23, CF), enquanto outras são específicas (exclusivas) da União (art. 21, CF) e dos Municípios (art. 30, inc. II a IX, CF). A competência administrativa comum está relacionada a ações administrativas cuja execução será partilhada pelas quatro entidades federativas, cada qual atuando em áreas de competência estabelecida por lei nacional (art. 23, parágrafo único).

No âmbito legiferante, a União possui ampla competência legislativa (arts. 22 a 24, CF), enquanto os Municípios a possuem em relação a assuntos de interesse local, podendo ainda suplementar a legislação federal e a estadual.

Noutro lado, a Constituição brasileira enumera assuntos específicos para os quais cabe à União estabelecer normas gerais, facultando aos Estados e ao Distrito Federal a implementação de normas específicas sobre os mesmos temas (art. 24 e § 1º, CF).

De fato, na competência concorrente (art. 24, CF) estabeleceu-se situação de "condomínio legislativo" entre a União Federal, os Estados-membros e o Distrito Federal, daí resultando a repartição vertical de competências normativas entre as pessoas estatais, cabendo, à União, estabelecer normas gerais (art. 24, § 1º, CF), e, aos Estados-membros e ao Distrito Federal, exercer competência suplementar (art. 24, § 2º, CF). Deferiu-se, ainda, ao Estado-membro e ao Distrito Federal, em inexistindo lei federal sobre normas gerais, a possibilidade de exercer a competência legislativa plena, desde que para atender as suas peculiaridades (art. 24, § 3º, CF), bem como a competência legislativa remanescente (art. 25, § 1º, CF).[176]

---

[176] As competências federativas do Brasil são muito mais complexas que as competências exclusivas, as competências partilhadas e as competências de apoio, claramente determinado no Tratado de Lisboa.

Aliada a toda a essa complexidade de repartição de competência, inexiste uma Corte Constitucional, como regra nos moldes europeus, exercendo o Supremo Tribunal Federal tal função.

No controle de constitucionalidade, enquanto a maior parte da América Latina adota o modelo norte-americano, o Brasil adota um sistema misto combinando-se o sistema americano (incidental e difuso) e o europeu (por meio de ação direta e concentrado).

A Constituição atual de 1988 adotou uma diversidade jurídica, sob forte influência das Constituições Portuguesa (1976) e Espanhola (1978).

O sistema jurídico brasileiro é essencialmente *civil law,* mas houve influência de diversos países, citando-se o direito penal e civil italiano, com matizes no direito germânico e francês, e recentes alterações constitucionais incorporam-se ideias do sistema *comum law.*

O processo de redemocratização na década de 80, ganhando-se ápice com a promulgação da Carta de 88, aliado ao processo de globalização vigente aumentam a complexidade da sociedade brasileira e o surgimento de novos “espaços públicos” concretizam a participação cidadão nesses processos.

## 2. OS CONSELHOS POLÍTICAS PÚBLICAS BRASILEIROS

### 2.1 Conselhos de Políticas Públicas - diversidade e federalismo

O Estado Brasileiro, com a Constituição de 1988, baseia-se nesse princípio democrático, exercido pela soberania popular, poder que lhe é inerente. Por meio de pessoas que o representam, em prol do interesse coletivo, os representantes do povo devem sempre respeitar seus interesses.

A cidadania é fundamento do Estado Democrático (art. 1º, CF), e aos menos 30 artigos constitucionais indicam e incentivam formas de participação social.

O direito de participação popular não consiste, portanto, apenas em fazer cumprir sua vontade por meio da eleição de seus representantes.

Permitir a participação cidadã nas políticas públicas, nada mais é do que possibilitar a realização do *status activae civitatis* (PEREZ, 2004, p. 72) de modo efetivo, e a plena "interferência das pessoas na própria atividade do Estado, na formação de sua vontade" (DALFINO, 1995, p. 131).

Neste contexto, os diversos canais de participação social como os conselhos, conferências177, ouvidorias, comitês, fóruns e mesas de negociação e de diálogo178 são fundamentais para uma melhor democratização não apenas dessas políticas públicas179, como de qualquer outra área ou tema em que a participação popular seja importante para uma melhor eficácia e eficiência da ação ou atividade que se pretenda.

Desses canais, alguns se remetem ao processo de construção da cidadania e à promoção do protagonismo autônomo da sociedade civil, ao passo que outros são iniciativas do poder público no âmbito de políticas de descentralização e modernização do Estado (na esfera subnacional). Alguns são típicos de utilização pelo Poder Executivo, outros são vem sendo muito utilizados pelos outros Poderes como as audiências públicas e fóruns no âmbito do Legislativo e do Judiciário.

A Constituição Brasileira de 1988, portanto "foi capaz de incorporar novos elementos culturais, surgidos na sociedade, na institucionalidade emergente, abrindo

---

177 As Conferências Nacionais são espaços privilegiados de debate e construção de propostas para o avanço das políticas públicas que vão incorporando novos formatos de participação e mobilização, como as conferências livres, as virtuais e as consultas dirigidas a grupos específicos. Em 2011, foram realizadas 08 Conferências Nacionais, com a participação de cerca de 10 mil delegados nos eventos nacionais e outros 2 milhões nas etapas preparatórias.

178 As Mesas de Diálogo ou de Negociação são espaços de construção de pactos para a construção de políticas públicas e a tomada de decisões consensuadas envolvendo, usualmente, governo, iniciativa privada e a representação dos trabalhadores ou de movimentos sociais. São constituídas para o aprofundamento de temas específicos.

179 Nos últimos 08 anos, no âmbito federal, somente a Secretaria-Geral da Presidência da República realizou mais de 3,5 mil encontros, reuniões ou atividades com entidades e personalidades da sociedade civil.

espaço para a prática da democracia participativa” (SANTOS; AVRITZER, 2002, p. 65). Nela, ampliaram os direitos políticos, em especial em questões como: descentralização administrativa e incorporação da participação de cidadãos e organizações da sociedade civil na gestão de políticas públicas (SOUZA, 2005).

Foi essa descentralização administrativa que possibilitou a criação dos conselhos gestores de políticas públicas (GOHN, 2000a; RAICHELIS, 2000).

Todavia, a conceituação de “conselho” não é algo fácil ou sistêmico.

Inicialmente, a polissemia e os diversos empregos da expressão “conselho” complicam a pretensão de uma definição conceitual.[180] Alguns o denominam de “conselhos representativos da sociedade civil” (BORGES, 2006), “conselhos de Participação Popular”(LOPES, 2000), “conselhos de controle de políticas públicas” (GONZÁLEZ, 2000), “conselhos gestores” (GOHN, 2000a), “conselhos sociais”, dentre outras terminologias, como conselhos de programas, conselhos de políticas, conselhos temáticos, conselhos de direito, conselhos setoriais, conselhos comunitários e conselhos populares.[181]

Com este processo democrático pós-88, passaram a ser um dos principais canais de participação popular encontrada nas três esferas de governo: federal, estadual e municipal.

Verifica-se que no último balanço de governo realizado pelo Ministério do Planejamento, registrou-se a existência de mais de 10 mil conselhos em todo o Brasil, nos âmbitos federal, estadual e municipal (BRASIL< 2011).

Segundo CUNHA (2004), somando-se todos os conselhos à época existentes, estimou-se haver 1,5 milhão de pessoas atuando nestes espaços,

---

180 A formação e a instituição pelas diversas instâncias federativas também dificultam um padrão na nomenclatura, bem como a ampla diversidade de atribuições, composições e qualificações.

181 Atualmente estas 02 últimas terminologias são mais utilizadas para instâncias participativas de composição híbrida, porém, sem a participação de representante estatal. Nas décadas de 70 e 80, contudo, estes conselhos inseriram-se na agenda política, tendo sido criados pelo poder público para negociar demandas dos movimentos populares, em razão da crescente mobilização social, ou criados a partir dos próprios movimentos, sem uma estruturação formal e índole institucionalizada, baseados em ações diretas.

número que, como já apontado por AVRITZER (2008), supera, por exemplo, a quantidade atual de vereadores (representantes do parlamento municipal).182

Embora difundidos no Brasil, os conselhos como canais de participação popular, têm um histórico que remete ao cenário da Europa moderna e industrial183, constituindo demanda tanto dos setores liberais quanto da esquerda.184

Muitos Conselhos tem existência anterior à Carta de 88[185], e muitos outros foram desenvolvidos na década de 90. Sobretudo, a partir do ano de 2003 houve uma proliferação no processo de institucionalização destes espaços sociais e de cogestão, destacando-se áreas de políticas públicas.

## 2.2 Conselhos: canais direto de cidadania ativa

O princípio da participação cidadã como corolário constitucional tem sua concretização por meio dos conselhos, através de legislações setoriais específicas das políticas públicas, fomentada sua institucionalização pela Constituição Federal de 1988.

Os conselhos "gestores" de políticas públicas são canais efetivos de participação, que permitem estabelecer uma sociedade na qual a cidadania deixe de ser apenas um direito, mas uma realidade. São espaços públicos de composição plural e paritária entre Estado e sociedade civil, normalmente de natureza

---

182 Representantes do parlamento municipal.

183 No contexto histórico, registram-se a Comuna de Paris, os conselhos dos sovietes russos, dos operários de Turim e os conselhos da democracia americana.

184 "Pensados como instrumentos ou mecanismos de colaboração, pelos liberais; e como vias ou possibilidades de mudanças sociais no sentido de democratização das relações de poder, pela esquerda" (GOHN, 2000b, p. 176)

185 Dentre os mais antigos, destaca-se para o Conselho Nacional de Saúde, criado pela Lei nº 378, de 13 de janeiro de 1937, com última reformulação pelo Decreto nº 5.839, de 11 de julho de 2006, e o Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana, criado pela Lei nº 4.319, de 16 de março de 1964.

deliberativa e consultiva, cuja função, em geral, é formular e controlar a execução das políticas públicas setoriais.

A importância dos conselhos está no seu papel de fortalecimento da participação democrática da população na formulação, implementação, monitoramento e avaliação de políticas públicas, portanto.

De forma geral, os conselhos pode ser definidos como órgãos públicos permanentes e autônomos, vinculados a órgãos do Poder Executivo, de caráter deliberativo e/ou consultivo, de composição participativa186, como regra, sendo criado por lei ou decreto do Poder Executivo de cada esfera federativa; com poder emancipatório de influenciar a vontade normativa do Estado, bem como definir diretrizes para a elaboração dos planos, programas, ações e políticas sociais e dos recursos envolvidos, além de exercer funções de controle e fiscalização das políticas nas áreas em que se inserem.

### *2.2.1 Formação e classificação*

Como formação, os conselhos são heterogêneos e híbridos. No entanto, seus formatos institucionais e composições não são homogêneos, nem existe normativo geral que os discipline, sendo realizado de acordo com as competências conferidas aos entes federativos, bem como a iniciativa própria da mobilização social.

Nos conselhos há a participação de atores do Poder Executivo e de atores da sociedade civil relacionados com a área temática na qual o conselho atua. O formato institucional dos conselhos, como regra, é ordenado por parâmetros da

---

186 Ao menos o desejável e indicado. A participação social nos conselhos deve ser vista como princípio, em que pese haver conselhos que assim não observem. Ex. Conselho Gestor do Programa Bolsa Família – CGPBF (Decreto nº 5.209/2004), Conselho Deliberativo do Sistema de Proteção da Amazônia – CONSIPAM (Lei nº 10.683/2003 e Decreto de 18 de outubro de 1999) e Conselho Nacional de Trânsito – CONTRAN (Lei nº 9.503/97).

legislação federal[187] e, a partir daí, é definido por legislação local, adotando como princípio a participação de representantes da sociedade civil.

Quanto a seus representantes, pode haver uma paridade ou não entre o Estado e a sociedade civil. Consideram-se conselho paritário aquele no qual para cada conselheiro representante do Estado, haverá um representante da sociedade civil, de modo que o conselho seja composto por um número equinânime de conselheiros, equilibrando-se forças e opiniões, o que o torna mais igualitário e democrático, seja ele bipartite, tripartite ou quadripartite.188O não-paritário ocorre quando o conselho permite a participação social, mas não de forma paritária entre seus membros.189

Os critérios escolha e representação dos conselheiros, bem como o tempo de mandato, normalmente, são previstos pelo ato normativo de criação de cada conselho. A função de conselheiro não é remunerada, sendo considerada como um *munus publico*.

Com reuniões periódicas e pautas definidas, debatem temas relacionados às políticas e propiciam o acompanhamento e a fiscalização da gestão pública, aumentando-se a *accountability* e a efetivação de direitos fundamentais.

Na esfera federal, foram criados 19 novos conselhos190 de políticas e reformulados entre os anos de 2003 e 2011, e mais 16 reformulados.

---

[187] A criação por lei é a regra, mas existem conselhos que tem previsão constitucional, enquanto outros são instituídos por por meio de atos normativos infralegais, como decretos, portarias e resoluções.

188Ex. Conselho Nacional de Ciência e Tecnologia (8 representantes de cada: Governo Federal e produtores e usuários de ciência e tecnologia); Conselho Nacional de Segurança Pública (12 vagas para a sociedade civil – 40%, 9 para trabalhadores da área – 30 % e 9 vagas e para representantes do poder público – 30 %).

189 Ex. Conselhos de Saúde (25% de representantes de entidades governamentais, 25% de representantes de entidades não-governamentais e 50% de usuários dos serviços de saúde do SUS), o Conselho Nacional de Juventude (1/3 de representantes do Poder Público e 2/3 da sociedade civil) e o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (13 membros).

190 Incluindo 03 “Comissões Nacionais”, de cunho deliberativo e participativo.

Classificar os conselhos não é matéria fácil, seja pela heterogeneidade em suas formações, estruturas, finalidades e atuações, seja pela deficiência de doutrinária específica sobre o tema.191

Alguns conselhos têm natureza constitucional, sendo a maior parte deles criada por lei, além de outros atos normativos, dando-lhe caráter institucional.192

Destarte, "os conselhos não podem ser visto como substitutos da democracia representativa nem como braços auxiliares do executivo ou, ainda, como substitutos da participação popular em geral" (RIBEIRO, 2000).

Em relação à área territorial de atuação, os conselhos podem ser nacional (caráter federal), estadual ou distrital, municipais ou mistos (quando criados em cooperação por mais de um ente federativo).

Quanto à participação social, esta deve ser vista como princípio aplicável a todos os conselhos, em que pese haver conselhos institucionalizados que assim não observem.

Os conselhos de políticas públicas envolvem diferentes atores sociais nas áreas de saúde, assistência social, desenvolvimento rural, educação, meio ambiente, planejamento, conselhos de direito das crianças e do adolescente, do negro, da mulher, do idoso, do trabalho e emprego, entre outros.

Segundo estudo realizado pelo IPEA (2010b), os conselhos foram alocados em quatro áreas temáticas, definidas segundo enfoque da política pública: políticas sociais; garantia de direitos; desenvolvimento econômico; infraestrutura e recursos naturais.

Os conselhos de políticas sociais são os colegiados que deliberam, fomentam a implementação, consulta ou execução de políticas públicas sociais, nas mais diversas áreas. A grande parte dos conselhos, assim se enquadra.

---

191Cf. MOTA JR. João Francisco da. **Proposição para uma tipologia da classificação dos conselhos sociais e sua importância na efetivação dos direitos humanos**. Consilium. Revista Eletrônica do Curso de Direito do Centro Universitario Euro-Americano, n. 6, vol.1, maio-agosto 2012, além GOHN (2000), idem.

192 Registra-se,a ainda, a existência de conselhos não-paritários quando formados **exclusivamente pela sociedade civil**, sem qualquer representatividade do Poder Público, como acontece em muitos conselhos comunitários constituídos.

Os conselhos de direitos são voltados para implementação, defesa, garantia e cumprimento de direitos inerentes a determinadas pessoas ou grupos. Encontram-se mais voltados para ações afirmativas, fiscalizadoras, propositivas para defesa destes grupos discriminados ou vulneráveis, sem prejuízo na elaboração, cooperação e implementação de políticas públicas referentes a essa camada social.

Os conselhos de recursos naturais desenvolvem ações voltadas para o desenvolvimento de infraestruturas nas diversas áreas, como logística infraestrutura produtiva e qualidade dos serviços públicos, enquanto que os conselhos de recursos naturais envolvem atividades de prevenção e conservação de recursos naturais.

Seja a terminologia adotada, ou seja pela conceito estabelecido, os conselhos representam uma conquista dos movimentos sociais rumo à democratização do Estado e à ampliação de espaços institucionais de participação.

### 2.2.2 Funções

Por certo, não há um parâmetro nacional sobre as funções desenvolvidas pelos inúmeros conselhos, não apenas porque muitos são anteriores à Constituição vigente, como também pelas mais diversas áreas de atuação, atribuições e classificações, dentro das 03 esferas federativas. No entanto, em decorrência da sua finalidade precípua, procura-se classificar as funções dos conselhos basicamente em 04 (deliberativa, consultiva, normativa e fiscalizadora), sendo exclusivas ou concorrentes.

Considera-se a **função deliberativa**193o poder de definir sobre a implantação e tomar decisões sobre as estratégias de políticas ou ainda administração de recursos, além de deliberar proposições e resoluções e/ou aprová-las. Exs. Resoluções, recomendações e moções. A função deliberativa pode ser subdivida em **deliberativa não vinculante** ou facultativa e **deliberativa vinculante** ou obrigatório. A primeira consiste no poder decisório do conselho ou de sua

---

193 No sentido de definir sobre a implantação e tomar decisões sobre as estratégias de políticas ou ainda administração de recursos, além de deliberar proposições e resoluções e/ou aprová-las. Exs. Resoluções, recomendações e moções. Tal função está relacionada ao conceito de autonomia, e afasta-se, de modo, da discussão em torno da ideai de “democracia deliberativa”.

deliberação não tem efeito vinculante e *erga omnes.* Em que pese decidir e deliberar, a proposição não obriga o Poder Público, instituições ou sociedade. Pela segunda, as decisões do conselho são imperativas aos agentes e órgãos por elas abarcadas, tornando-as obrigatórias (ou quase - assim entendidas por serem diretrizes). Em regra, por ser eficácia cogente, este caráter é atribuído por lei. Citam-se as resoluções do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária - CNPCP, do Conselho Nacional do Meio Ambiente - CONAMA, do Conselho Nacional de Trânsito - CONTRAN e do Conselho Nacional de Educação - CNE.

Registra-se que as deliberações referentes aos próprios conselhos e as *internas corporis* são sempre obrigatórias, no âmbito do colegiado. Assim, ainda que tais decisões sejam vinculantes, seus efeitos são somente *inter partes*.

De igual modo, as deliberações podem ser compartilhadas ou condicionadas à aprovação da autoridade do órgão que o conselho está vinculado, nos termos de regramento próprio.

A **função consultiva** refere-se à emissão de opiniões, sugestões, dirimir dúvidas, análise e estudo sobre os temas que lhes são afeitos e correlatos, ou ainda indicar ações ou políticas, aconselhar, contribuir e auxiliar. Diferencia-se da função deliberativa, porque aquela não tem poder decisório.

A consulta advém de demandada externa. Quando a análise, opinião ou sugestão advém do próprio conselho tem-se a função propositiva, cabendo a deliberação a outro agente ou órgão.

Decorrente da função consultiva se extrai a **função avaliativa** referente ao acompanhamento sistemático das ações desenvolvidas pelo Estado, referente à especificidade do conselho, com o objetivo de identificar problemas e propor alternativas para a melhoria do serviço, ações ou políticas públicas.

Pela **função normativa**, o colegiado conselhista pode estabelecer normas e diretrizes no âmbito de sua competência, como também elaborar normas complementares e interpretar legislação afim. A função fiscalizadora refere-se ao acompanhamento e fiscaliza a implementação, funcionamento e execução das políticas ou administração de recursos, além da verificação de cumprimento de leis.

Relacionada à **função fiscalizadora**, há a função de controle, como corolário do *accountability* social, por meio do qual realiza ações orientadas a

supervisar o comportamento de agente e órgãos públicos, denunciar e expor casos de violação à lei ou de corrupção, bem assim, acionar órgãos de controle, investigativos ou de sanções, como Tribunais de Contas, Controladorias-Gerais, Ministério Público e Casas Legislativas.

NEVES *et al* (1997) resgatam o conceito de *accountability* e chamam os conselhos de "agências de accountability", por entenderem que estes representam instrumentos que permitem o bom desempenho de governos e, assim, um mecanismo indutor de sua fidelidade ao interesse público.

Mesmo em se tratando de conselhos apenas com funções deliberativas e consultivas, sem caráter de normatividade ou vinculante, não lhes negam ser um espaço de propagação de ideias práticas alternativas, pautas sociais, e, de certa maneira, pressão ao Poder Público.

Ressalte-se que a maciça maioria dos conselhos tem **funções cumulativas**, concorrentemente. Ex. o CONAMA e o CNE (normativo, consultivo, deliberativo etc).

Por fim, no âmbito de nosso estudo, destacam-se ainda as **funções investigativas** do Conselho Nacional dos Direitos da Pessoa Humana - CDDPH, cuja principal atribuição é receber denúncias e investigar - em conjunto com as autoridades competentes -, violações a direitos humanos de especial gravidade com abrangência nacional, como casos de chacinas, massacres, extermínio e abusos praticados por operações das polícias militares, etc.

# 3. A EXPERIÊNCIA DOS CONSELHOS DE POLÍTICAS PÚBLICAS BRASILEIROS PARA A UNIÃO EUROPEIA

## 3.1 Cidadania e participação ativa na União Europeia

De acordo com o art. 21 da Declaração Universal dos Direitos Humanos – ONU, "Todos têm o direito de participar do governo de seu país, diretamente ou através de representantes livremente escolhidos." Mais adiante, acrescenta ainda

em seu art. 27 que “Toda pessoa tem direito de participar livremente da vida cultural de sua comunidade”, o que se deve estender esta participação democrática na vida social e cultural.

A preocupação da Europa em integrar o cidadão na vida políticas é histórica, como cediço, e no âmbito da integração do continente, os Tratados Ato Único Europeu, Maastricht, Amsterdam e Niza disciplinam e informam o exercício da cidadania participativa europeia, como fator intrínseco ao estado democrático. Nos três últimos, reforçou-se a legitimidade democrática do sistema institucional e ampliação de aplicação de um procedimento de co-decisão.

Destaca-se o Tratado da União (Tratado de Maastricht, 1992) que estabeleceu a “cidadania da União”, e por ele, o direito de sufrágio ativo e passivo das eleições municipais europeias; a proteção diplomática e consular; os meios extrajudiciais de proteção dos direito do cidadão.

A cidadania participativa ativa democratiza o sistema decisório, permite maior expressão e visibilidade das demandas sociais, promovendo uma da igualdade e da equidade nas políticas públicas; e alarga os direitos. Na União Européia, além dessas funções, a cidadania tem papel integrador, relevante para uma maior integração entre os estados-menbros comunitários, aproximação e identidade de um povo europeu.

É de bom alvitre salientar que o conceito de cidadão europeu pode ser mais amplo que a cidadania de cada estado-membro, uma vez que aquele é qualquer pessoa que tenha a nacionalidade de um estado-membro da UE, de forma que apenas integra ou complementa a cidadania nacional, sem substituí-la (CALLEJON, 2012). Em consequencia, a cidadania da UE é parte integrante do Tratado de Funcionamento da EU, conferindo ao cidadão europeu uma gama de direitos.

O Tratado de Lisboa consagra o princípio de cidadania europeia nos tratados fundadores da UE, bem como reforça a representatividade e a participação do cidadão no processo europeu, como um de seus fundamentos (art. 8º-A, TUE), sendo a criação de uma iniciativa de cidadania como uma de suas principais inovações. Ao se reconhecer plenamente a cidadania europeia (art. 10.º), afirmou-se que os cidadãos estão representados diretamente a nível institucional pelo

Parlamento Europeu, sendo que suas decisões devem está mais próximas dos seus reais titulares – os cidadãos europeus. Fomentou-se, assim, o princípio da subsidiariedade.

Outrossim, o Tratado de Lisboa (artigo 152.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Européia - TFUE) reconhece o papel dos parceiros sociais nas relações industriais e no diálogo social europeu. De igual modo, o artigo 11.º do Tratado da União Europeia prevê a aplicação de um diálogo aberto, transparente e regular com as organizações da sociedade civil, e nessa linha, o Tratado de Lisboa (artigo 15.º, TFUE) reconhece a importância da participação da sociedade civil para a boa governança do bloco. Com efeito, o Comitê Econômico e Social Europeu - CESE é que representa a sociedade civil a nível europeu, analisado mais adiante.

Contudo, a participação da sociedade civil na UE não apenas ocorre no CESE.

A interface ou a interlocução social na EU também é realizada pela Confederação Europeia dos Sindicatos (CES), a União das Confederações da Indústria e do Patronato na Europa (BUSINESSEUROPE), a União Europeia do Artesanato e das Pequenas e Médias Empresas (UEAPME), o Centro Europeu das Empresas de Participação Pública (CEEP), como os principais, além de outras organizações, associações e grupos socioprofissionais que representam interesses específicos ou setoriais.

Justamente com o CESE, estes parceiros exercem um papel essencial para a aplicação dos objetivos propostos pelo Tratado de Lisboa, sobretudo para o crescimento econômico e o emprego.

Sem dúvida, o Tratado de Lisboa procura reduzir o denominado "déficit democrático", pela existência de organismos para conferir maior legitimidade democrática à UE e um maior acesso ao cidadão.

**3.2 O programa «Europa para os Cidadãos» (2007-2013)**

Como fomento à promoção de uma cidadania europeia mais ativa, o Parlamento Europeu e o Conselho da UE, por meio da Decisão n° 1904/2006/CE estabeleceu o programa "Europa para os cidadãos", relativo ao período de 2007-2013, alterada posteriormente pela Decisão n° 1358/2008/CE.

Em continuação e desenvolvimento ao programa “Cidadania Europeia Ativa” (2004-2006), pretende o "Europa para os Cidadãos" conceder medidas comunitárias por subvenções ou contratos públicos a organismos que atuam no âmbito da participação cidadã europeia e promover ações que contribuam para a difusão desse objetivo da UE.

Bem resume o programa ao estabelecer seus objetivos gerais no art. 1°, 2 da Decisão n. 1904 em:

a) dar aos cidadãos a oportunidade de interagirem e de participarem na construção de uma Europa cada vez mais próxima, democrática e virada para o mundo, unida e enriquecida pela sua diversidade cultural, aprofundando assim a cidadania da União Europeia;

b) desenvolver um sentimento de identidade europeia, baseado nos valores, na história e na cultura comuns;

fomentar entre os cidadãos da União Europeia um sentimento de pertença à União;

incrementar a tolerância e a compreensão mútua entre os cidadãos europeus, respeitando e promovendo a diversidade cultural e linguística e contribuindo, simultaneamente, para o diálogo intercultural.

A UE cada vez mais reconhece que o processo de integração e unidade da Europa necessita' da participação de povo, de modo que possam partilhar e trocar experiências, opiniões e valores, bem incentivar essa interação entre os cidadãos e as organizações da sociedade civil de todos os seus membros, por meio de um diálogo intercultural.

A diversidade e as diferenças econômicas, culturais e históricas do povo europeu serão reduzidas à medida que essa integração seja ampliada e concretizada.

Nada valerá a união política e econômica de países se não houver uma unidade e sentimento de cidadania único e integrado.

As diferenças de várias nações são reduzidas quando sua 'população reconhece e interage com a cultura alheia, de forma harmônica e plural.

Trata-se de um silogismo lógico: quanto maior a interação de vários povos pela participação e pelo diálogo intercultural maior será o sentimento de unidade e identidade desses povos, com fortalecimento da democracia e garantia de direitos.

Por meio de ações específicas e concretas (art. 3°), o programa busca alcançar diversos atores sociais, como as autoridades e organizações locais, organizações de investigação sobre as políticas públicas europeias (grupos de reflexão), grupos de cidadãos e outras organizações da sociedade civil (art. 6°), além de ampliar suas ações a países não membros (art. 5°).

O "Europa para os Cidadãos" prima pelo princípio da subsidiariedade e pelo interesse da coesão.

## 3.3 A experiência conselhista no Brasil como promoção da cidadania europeia ativa

Após essa breve discrição do programa “Europa para os Cidadãos”, busca-se fazer uma análise da experiência brasileira referente aos Conselhos de Políticas Públicas, dentro dos objetivos do programa e promoção da cidadania ativa.

### 3.3.1 Conselhos como instrumentos de participação cidadã ativa

Os conselhos de políticas públicas são espaços institucionais de interlocução do Estado com a sociedade, resultantes da conquista dos movimentos sociais pela democratização do Estado brasileiro. Neles, encontra-se a função da espera pública identificar e perceber os problemas sociais e setoriais, de políticas públicas, além de exercerem influência sobre o sistema político nas questões debatidas e problematizadas naquela esfera.

Não resta dúvida que as esferas públicas podem promover mudanças sociais sem atingir diretamente o Estado *(sistema político)* ou a economia *(sistema economia).* Entretanto os conselhos têm um relevante papel no processo de formulação de agendas políticas, de modo direto e dialógico com quem detém o poder sobre o processo ou na tomada de decisões.

O fato de que a esfera pública não possa ser institucionalizada, não contradiz com a ideia de “institucionalização” dos conselhos.

A institucionalização dos conselhos de políticas públicas por parte do Estado decorre da finalidade em dar-lhes maior autonomia, estrutura e organização, sem a intenção ou impor-lhes limites ao processo discursivo. Diferencia-se a institucionalização dos conselhos com a não institucionalização da esfera pública e de seus atores, portanto.

No Brasil, o reconhecimento institucional pelo sistema político dos conselhos é a confirmação de que se tratam de espaços públicos existentes, e o mundo de vida dos diferentes atores e protagonistas que os compõem, integram ou participam.

Se a integração social se apóia em convicções, numa visão harbermasiana, os conselhos representam um efeito establizador de argumentos e fomentam a aceitação de pretensões de validade. “A integração social, que se realiza através de normas, valores e entendimento, só passa a ser inteiramente tarefa dos que agem comunicativamente na medida em que normas e valores forem diluídos comunicativamente e expostos ao jogo livre de argumentos mobilizadores” (HABERMAS, 2003, p. 58).

A convergência de convicções ao se destruir em razão da complexidade da sociedade e pela pluralização de formas de vida, dilui comunicativamente os aspectos de validade. Cita-se, por exemplo, o espaço normativo de validade em muitas favelas194, em dissonância com a “normatividade estatal”, não por ser

---

194 Conhecidos como favelas, invasões, grotas, baixadas, comunidades, vilas, ressacas, mocambos ou palafitas, essas áreas abrigam os lares de 11.425.644 pessoas, 6% da população brasileira, conforme o Censo Demográfico 2010. Foram consideradas favelas o conjunto mínimo de 51 casas onde foi identificada a carência de serviços públicos essenciais, que ocupam, ou que tenham ocupado, até recentemente, terreno de propriedade alheia, dispostas de forma desordenada e densa.

Segundo o relatório da Organização das Nações Unidas (ONU), cerca de 11,6 milhões de brasileiros vivem em lugares considerados irregulares. A região Sudeste abriga 49,8%das favelas, sendo 23,2% das casas localizadas no Estado de São Paulo. De acordo ainda com o Censo 2010, as capitais dos estados federativos com maior proporção de habitantes morando em favelas foram Belém (Pará), que tem mais da metade da população (53,9%) vivendo nesse tipo de aglomeração, Salvador – Bahia (26,1%), São Luís – Maranhão (24,5%) e Recife – Pernambuco (23,2%). As duas

necessariamente *contra legem,* mas por carecer da validade aceita e assimilada pela comunidade. A linguagem compartilhada subjetivamente na favela, pelo agir comunicativo, surge da interação social – consensuada ou imposta por um grupo dominante minoritário local – e que não muitas vezes não compartilham com as linguagens objetiva e subjetiva estatais. O "mundo de vida" da favela é diferente do "mundo de vida" de outros espaços sociais brasileiros, bem como daquele ideologicamente desejado pelo Estado. O "mundo de vida" da favela justifica-se pelo simples fato de sua complexidade sistêmica. A tensão entre a faticidade e validade ressoa com maior altivez quando a coerção fática pode não advir somente da força estatal, como também de grupos minoritários e dominantes à margem do Estado, e que alteram o processo comunicativo e a ideia de validade legítima.

Os conselhos representam um canal de processo lingüístico e discursivo que favorece a redução da tensão entre faticidade e validade. Isto porque, os conteúdos neles discutidos tendem a ser admitidos validamente por seus representantes/participantes – e passível de extensão aos seus representados – de modo que a verdade daquele conteúdo seja mais difícil de contestação.

Trata-se de um espaço público onde as expectativas de comportamento estabilizadas coercitivamente e os processos racionais de legislação e aplicação normativa permitam que as decisões deles resultantes decorram do assentimento racional dos afetados pela norma (legitimidade). [195]

O procedimentalismo dos conselhos, na criação e fomentação de políticas publicas e do direito, "fornece elementos para sair do impasse criado pelo modelo do Estado Social" (HABERMAS, 2003, p. 147). Os conselhos brasileiros passam a ser referência teórica e prática de espaço deliberativo e participativo, no processo democrático e dialógico.

---

maiores cidades do país, São Paulo e Rio de Janeiro, têm 11% e 22% da população morando em favelas, respectivamente.

195 Cita-se o impulso dos movimentos feministas fazendo criar os primeiros Conselhos Estaduais e Municipais de Direitos da Mulher em 1983, e em 1985, a criação do Conselho Nacional dos Direitos da Mulher – CNDM, tendo o papel crucial na defesa da mulher e participação na elaboração da Lei de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, em 2006.

Em 2011, foi constituído o Fórum Interconselhos como ambiente de interação, processo participativo e atuação conjunta dos representantes da sociedade civil, por meio dos Conselhos Nacionais de Políticas Públicas, por ocasião do processo de elaboração do Projeto de Lei do Plano Plurianual. Dele participaram representantes de 32 Conselhos, 4 Comissões Nacionais e 65 entidades da sociedade civil. Na ocasião, as propostas para a elaboração do Plano Plurianual (PPA 2012-2015) foram apresentadas e os Conselhos puderam expor suas proposições, sendo que 77% das ações sugeridas foram completamente incorporadas e 20% parcialmente aceitas (BRASIL, 2012).

A esfera pública conselhista permite instituir aos poucos um contradiscurso capaz de conferir novos rumos à razão e de gerar um novo equilíbrio entre *sistema* e *mundo da vida.* Tal esfera, portanto, representa como um canal emancipatório de modernidade, pelo qual se possibilita a formação de consenso que se fundamenta racionalmente.

Ressalta-se que, para Jeremy Waldron (2005, p. 25) a democracia deliberativa não é apenas o processo que necessariamente conduz a um resultado decorrente da unanimidade. Isto porque, as leis por serem produtos de assembleias amplas e polifônicas, "son el producto de un complejo proceso deliberativo que toma en serio el desacuedo, y tienen pretensión de autoridad, sin intentar ocultar por ello la controvérsia y la division que envuelve su aprobación".

Neste contexto, os conselhos nacionais, p. ex, fomentam a criação e/ou o aperfeiçoamento de conselhos estaduais e municipais, e os atores que o compõem retornam às suas bases e que integram outras esperas públicas. Os conselhos passam a ser difusores de uma rede de comunicação.

Em pesquisa, o IPEA (2010B) constatou-se que mais de 70% dos conselheiros nacionais afirmaram participar ou já ter participado de algum outro conselho. Ademais, 82% declararam possuir base de apoio, considerada como o grupo principal de pessoas representadas pelo conselheiro. E entre os que informaram possuir base de apoio, mais de 90% se comunicam com frequência ou sempre com suas bases.

Conforme ainda esta pesquisa, das respostas dadas à questão sobre os pontos fortes dos conselhos, 24% delas falam da capacidade do conselho de propor

políticas públicas e 28% citaram como ponto forte a capacidade de o conselho pautar algum tema na agenda pública. As percepções relativas ao impacto sobre a agenda do Congresso Nacional e sobre a opinião pública são vistas ainda com pontos negativos por este estudo.

### 3.3.2 O Comitê Econômico e Social Europeu: diferenças e amplitudes

O Comitê Econômico e Social Europeu - CESE, fundado em 1957 quando da instituição da Comunidade Econômica Europeia, é um órgão consultivo da UE, com o objetivo de representar os interesses dos vários grupos econômicos e sociais.

Sem dúvida, o CESE representa importante papel mediador entre a UE e a sociedade civil, com o verdadeiro espaço público e exercício da democracia participativa no continente europeu.

Em que pese sua composição, formação, e finalidade se aproximarem dos Conselhos de Políticas Públicas no Brasil, em muito se distanciam.

Assim, visando a apresentar essas similitudes e diferenças de forma mais didática, tem-se a seguinte tabela:

| | **Comitê Econômico e Social Europeu** | **Conselhos de Políticas Públicas** |
|---|---|---|
| **Composição/ Formação** | Heterogênea (com membros únicos para vários assuntos) | Heterogênea (com membros plúrimos para vários assuntos) |
| **Abrangência temática** | Plúrima por órgão único | Plúrima por órgãos diversos |
| **Função** | Consultiva, com possibilidade de propositiva | Cumulativas diversas: consultiva deliberativa, propositiva, normativa fiscalizadora e avaliadora |
| **Tomada de decisão** | Não vinculativa | Pode ser vinculativa |
| **Amplitude/área de atuação territorial** | Nível central/continental | Níveis diversos: central, regional e local (municipal) ou misto |
| **Representatividade** | Participativa tríplice (empregadores, trabalhadores e sociedade civil) | Participativa paritária (dúplice – poder público e sociedade, como regra), mas permite a |

| | | forma tríplice ou múltipla |
|---|---|---|
| **Mandato do membro** | 5 anos, renováveis | 2 anos, renováveis, em regra |
| **Ingresso do membro** | Designação pelos governos nacionais e nomeação pelo Conselho de Ministros | Eleição de todos os membros, exceto os governamentais, e nomeação pela autoridade competente. |

Embora similares por sua formação e natureza heterogênea, diferem o CESE e os Conselhos uma vez que únicos membros da CESE tratam de diversos assuntos, enquanto que nos conselhos vários assuntos são tratados por vários membros. Significa dizer que a polarização dos conselhos é mais ampla, já que as discussões temáticas são distintas por áreas e seguimentos, o que favorece a especialização do tema. A exemplo, nos conselhos reduz a possibilidade de um representante agricultor possa ser membro de um conselho relacionado à criança ou ao trânsito, sendo muito mais propício a participar de um conselho de desenvolvimento e meio ambiente.

Além disso, o debate entre mais de 340 membros como no CESE tem uma conotação diversa de um conselho com menos de 40 membros.

A pluralidade de membros da CESE restringe-se ao único órgão, enquanto nos conselhos essa pluralidade é assegurada a diversos órgãos (diversos conselhos, nas 03 esferas federativas).

A função do CESE é eminitemente consultiva, com algumas situações de obrigatoriedade, com a possibilidade de exercer função propositiva. Já os conselhos brasileiros, as funções são em regra, cumulativas, e, além da função consultiva, exercer caráter deliberativo, fiscalizador, avaliador, e normativo, de cunho obrigatório por vezes.

Dai afirmar que a tomada de decisão do CESE sempre será consultiva, por não vincular o Parlamento Europeu, o Conselho da UE ou a Comissão Europeia, enquanto que há conselhos que vinculam a ação do Poder Público e áreas por eles: abrangentes, por expressa previsão normativa.

A abrangência dos conselhos brasileiros é resumida em números, o que distingue do CESE. Numa população europeia com mais de 500 milhões de habitantes, a representação no CESE se dá por no máximo 350 membros (art.o

301.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia TFUE), enquanto no Brasil, com quase 200 milhões, há mais de 6 mil conselhos apenas de políticas públicas em suas diversas áreas, o que por si só demonstra a amplitude de sua representatividade participativa.

Com número máximo de representantes, há de se convir que o CESE atua somente de forma central, continental europeu, o que pode reduzir as discussões temáticas regionais e locais. No Brasil, a existência de conselhos nacionais, estaduais, municipais ou mesmo mistos, pela cooperação de mais de um ente federativo, não apenas amplia a discussões mais localizadas, como também tende a verificar a realidade de cada área territorial. Ao se promover esta integração e interação, nada mais é que aplicar o princípio da subsidiariedade, tão importante a nível europeu.

Quanto à representatividade e seus membros, a exclusividade participativa tríplice da CESE pode prejudicar a discussão do tema, quando determinada área temática exige uma participação múltipla, além de que, a possibilidade do exercício do mandato por 10 anos faz se questionar o principio republicano-democrático em face da temporariedade da representação.

Ao se ampliar a possibilidade de renovação de membros, aumenta-se a ideia de cidadania participativa ativa, integrada e dinâmica.

Neste contexto, a eleição dos membros dos conselhos brasileiros, por seus próprios pares, exceto os membros governamentais, denota o ideal democrático participativo e a finalidade que se propõe o conselho.

A forma de escolha dos representantes é fundamental para a qualidade da representação.

O pluralismo, por seu turno, está diretamente vinculado à diversidade de instituições, associações e organizações que têm acesso ao colegiado.

Por fim, para efeito acadêmico, registra-se que o Comitê Regional Europeu diferencia em sua essência dos Conselhos brasileiros pelo caráter participativo social, considerando que o Comitê das Regiões, embora seja um órgão consultivo e heterônomo, é formado por grupos políticos sociais ou regionais, o que exclui o caráter participativo ativo do cidadão.

### 3.3.3 Dificuldades e desafios

Há muitas dificuldades brasileiras que também podem ser equiparadas a instâncias europeias quanto à composição e formação de órgãos colegiados. Em suma, tratam-se de questões relacionadas à representatividade que deve ser: igualitária (no sentido material, pois seus membros devem ser iguais e paritários), proporcional (significar uma representação equivalente à população representada e que a atenda o fim pretendido), autônoma (escolha livre dos membros, sem interferência política, ou fatores exógenos) e qualificada (com capacidade técnica-política para a discussão).

Como exemplo, destaca-se a própria composição dos representantes dos conselhos. No estudo referido do IPEA, os conselheiros nacionais, em sua maioria, são do sexo masculino, da cor branca, das classes média e alta, possuem alta escolaridade e têm mais de 40 anos, o que de pronto não revela o padrão da sociedade brasileira. Há de se notar, no entanto, que este perfil varia quando os conselhos são comparados, sendo os de garantia de direitos os que mais se distanciam deste modelo geral. Os conselhos de garantia de direitos possuem, comparativamente, mais mulheres, negros e pardos e integrantes com menor escolaridade, por exemplo.

Em relação à estrutura, percebe-se que há uma tendência dos conselhos municipais serem bem menos aparelhados e estruturados que os conselhos estaduais e estes dos conselhos nacionais, como forma geral, excetuados casos específicos de bom funcionamento. Há queixas de falta de estrutura logística, operacional e técnica, além de questões orçamentário-financeiras.

Quanto às funções, o maior desafio dos conselhos brasileiros é a efetividade de suas deliberações, já que a maioria das deliberações dos conselhos não tem cunho obrigatório ou vinculativo ao Poder Publico. Ou seja, faltam instrumentos políticos e jurídicos para concretização das suas deliberações.

Outro desafio é o caráter de articulação e integração entre os diversos conselhos, sejam a nível vertical (entre entes federativos) seja a nível horizontal (mesmo entes federativos, mas com temáticas diferentes). Não há um sistema

nacional de conselhos, seja por falta de legislação seja pela própria autonomia dos conselhos e inexistência de hierarquia interconselhos.

Se críticas surgem pelo fato de os conselhos não possuírem poder decisório da política pública, a função de mobilização, propagação, questionamento e debate, criação e ampliação de outras esferas públicas não lhes podem ser retirada.

Espaço público de discussão do conselho não retira a característica de ser palco e arenas onde seus atores podem fugir do campo das políticas sociais, tornando-o espaço de forças e interesses (THEODORO, 2002).

Os desafios e dificuldades enfrentados pelos conselhos de políticas públicas, portanto, são muitos e tão complexos quanto sua própria formação e institucionalização em cada esfera federativa. Poucos problemas podem ser considerados comuns a todos, mas não se pode comparar um conselho dos rincões do sertão nordestino ou de cidades ribeirinhas da Amazônia, com aqueles enfrentados pelas grandes capitais. Também não significa dizer que a efetivação obtida e o resultado pretendido de políticas públicas por aqueles possam ser menos do que estes, ou vice-versa.

A diversidade “conselhista” no Brasil revela uma amplitude de desafios, assim como a diversidades que representam estas esferas públicas.

Há os desafios concernentes à operacionalização do conceito de efetividade deliberativa, desafios relacionados ao desenho institucional, desafios para a coordenação da ação no interior do campo movimentalista, aqueles referentes à relação entre os movimentos sociais e as instituições políticas, bem como os desafios da legitimidade e resultados prático-concretos de efetivação de políticas públicas e conseqüentemente de direitos humanos.

Contudo, as limitações e das dificuldades enfrentadas pelos conselhos de políticas sociais sejam reconhecidos por seus atores ou pelas instituições públicas não condicionam sua minimização como contribuição para o alargamento da cidadania, dentro do espaço público democrático.

## CONCLUSÃO

Os Conselhos de Políticas Públicas no Brasil, como espaços públicos, vem revelando cada o papel  de possibilitar e ampliar a qualidade e a legitimidade de políticas públicas e efetivação de direitos humanos, além de que sua institucionalização se transforma em concretização do princípio democrático.

A grande complexidade e diversidade social brasileira, assim como na UE, e a conseqüente variedade de interesses, expectativas e opiniões reforçam a necessidade de se criar instrumentos que concretizem a participação cidadã ativa, num processo legitimado na tomada de decisões.

Neste particular, pelo estudo dos Conselhos brasileiros se pode verificar uma viabilidade de implementá-los na UE, após adequadas especificidades, em face de sua amplitude, formatação e função, por meio do programa "Europa para os Cidadãos" (2007-2013).

O espaço "conselhista" representa a efetivação dos princípios da subsidiariedade e da integração aplicado na UE, com mecanismo de assegurar aos cidadãos uma participação ativa no processo da integração europeia, tomada de decisões e criação de uma identidade própria do continente.

Os Conselhos de Políticas Públicas são um canal direto da participação social ativa, onde se integra, discute, amplia, dialoga, questionar temas variados e de interesse da população, bem com mecanismos institucionais de interação, acompanhamento e monitoramento de políticas públicas, sua criação e de direitos. Os conselhos ganham expresso e relevante função nesse processo deliberativo.

Pelos conselhos há o exercício da democracia participativa, colocando-se a sociedade civil como principal ator.

Conhecer a experiência conselhista brasileira poderá ser um efetivo instrumento na promoção de cidadania ativa participativa europeia, e suas dificuldade e desafios a ser enfrentados e aproximar uma realidade brasileira da europeia em busca de uma democracia participativa, não lhes retiram sua importância num mundo de vida mais complexo e diverso.

## REFERÊNCIAS

AVRITEZ, Leonardo; COSTA, Sérgio.**Teoria Crítica, Democracia e Esfera Pública: Concepções e Usos na América Latina.** DADOS – Revista de Ciências Sociais, Rio de Janeiro, Vol. 47, no 4, 2004, pp. 703 a 728.

AVRITZER, L. **Civil society, participatory institutions, and representation**: From authorization to the legitimacy of action. **Dados** [online]. 2008, v. 4, Selected edition.

BORGES, Alice Gonzalez. **Democracia Participativa – Reflexões sobre a Natureza e a Atuação dos Conselhos Representativos da Sociedade**. Boletim de Direito Administrativo, n. 12, ano 23, p. 1327-1333, dez. 2006.

BRASIL. **Mensagem ao Congresso Nacional 2012**. Disponível em: http://www2.planalto.gov.br/imprensa/discursos/mensagem-ao-congresso-nacional-2012-zip. Acesso em: 09 mar 2013.

BRASIL. Balanço de Governo 2003-2010. **5 Democracia e Diálogo**. 2011. Disponível em: <http://www.balancodegoverno.presidencia.gov.br/>. Acesso em: 6 jun. 2011.

CUNHA, E. S. M. **Aprofundando a democracia: o potencial dos conselhos de políticas e orçamentos participativos**. Dissertação (Mestrado) – Departamento de Ciência Política, UFMG, Belo Horizonte, 2004.

DALFINO, Erico. **Basi per il Diritto Soggettivo di Partecipazione**. In AMOROSINO, Sandro (org.) Le Transformazioni del Diritto Amministrativo. Milão: Giuffré, 1995.

GOHN, Maria da Glória. **Conselhos populares e participação popular**. Revista Serviço Social e Sociedade, São Paulo, n. 34, 1990. RAICHELIS, R. Sistematização: os conselhos de gestão no contexto internacional**.** In: CARVALHO, M. C. A.; TEIXEIRA, A. C. C. (Org.). **Conselhos gestores de políticas públicas**. São Paulo: Pólis, 2000a.

________. **O papel dos conselhos gestores na gestão urbana**. *En publicacion: Repensando la experiencia urbana de América Latina: cuestiones, conceptos y valores*. Ana Clara Torres Ribeiro. CLACSO. 2000b. Disponível em: <http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/urbano/gohn.pdf>, Acesso: 6 jul. 2013.

GONZÁLEZ, Rodrigo Stumpf. **Democracia e conselho de controle de políticas públicas: uma análise comparativa**. Tese (Doutorado em Ciência Política) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2000;

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. [1992] v. I e II. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

IE/UFRJ,Pesquisa Grau de Aversão à Desigualdade da População Brasileira, financiamento FINEP, 2012

IBGE – INSTITUTO BRASILEIRO GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. Características étnico-raciais da população: um estudo das categorias de classificação de cor ou raça. 2008. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/caracteristicas_raciais/PCERP2008.pdf>.

_______. Diretoria de Pesquisas, Coordenação de População e Indicadores Sociais, Pesquisa de Informações Básicas Municipais 2009.

_______. Censo Demográfico 2010.

IPEA – INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. Instituições participativas e políticas públicas no Brasil: características e evolução na última década. Brasil em Desenvolvimento, v. 3, p. 565-587, 2010a.

______. Balanço da política social no novo milênio. In: Perspectivas da política social no Brasil. Brasília: Ipea, 2010b.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **Os Conselhos de Participação Popular. Validade Jurídica de suas Decisões**. Revista de Direito Sanitário, vol. 1, n. 1, p. 23-35, nov. 2000.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito I**. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

MOTA JR. João Francisco da. **Proposição para uma tipologia da classificação dos conselhos sociais e sua importância na efetivação dos direitos humanos**. Consilium. Revista Eletrônica do Curso de Direito do Centro Universitario Euro-Americano, n. 6, vol.1, maio-agosto 2012.

PEREZ, Marco Augusto. A **administração pública democrática: institutos de participação popular na administração pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

SANTOS, B. S.; AVRITZER, L. Para ampliar o cânone democrático. In: SANTOS, B. S. (Org.). **Democratizar a democracia**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

SILVA, Frederico Barbosa da; JACCOUD, Luciana e BEGHIN, Nathalie. **Políticas Sociais no Brasil: participação social, conselhos e parcerias.** Disponível em: <*www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/livros/Cap_8-10.pdf*> *Acesso em: 5 ago. 2013.*

SOUZA, C. Sistema brasileiro de governança local: inovações institucionais e sustentabilidade. In: LUBAMBO, C.; COÊLHO, D. B.; MELO, M. A. (Org.). **Desenho institucional e participação política**: experiências no Brasil contemporâneo. Petrópolis: Vozes, 2005.

RAICHELIS, R. Sistematização: os conselhos de gestão no contexto internacional**.** In: CARVALHO, M. C. A.; TEIXEIRA, A. C. C. (Org.). **Conselhos gestores de políticas públicas**. São Paulo: Pólis, 2000.

TEIXEIRA, E. *O local e o global*: limites e desafios da participação cidadã. São Paulo: Cortez; Salvador: UFBA; Recife: Equip, 2001.

THEODORO, Mário. Participação social em políticas públicas: os conselhos federais de política social – o caso Codefat. Brasília: Ipea, 2002 (Texto para discussão, n. 931).

WALDRON, Jeremy. **Derecho y desacuerdos**. Trad. José Luis Martí e Águeda Quiroga. Madrid: Marcial Pons, 2005.

# A QUESTÃO PREJUDICIAL NO DIREITO DA UNIÃO EUROPEIA E A NECESSIDADE DE ADMISSÃO DE *AMICUS CURIAE*: UMA APROXIMAÇÃO COM O DIREITO BRASILEIRO

**Lara Corrêa Sabino Bresciani**[196]

## INTRODUÇÃO

A União Europeia (UE) é um bloco econômico, político e social, formado por vinte e oito países europeus[197], cuja integração ocorreu após a Segunda Guerra Mundial, com o objetivo primordial da preservação da paz, mas, também, visando aumentar mercados e, por conseguinte, desenvolver as economias internas de cada país membro que, à época, estavam devastadas pela miséria causada pelos conflitos.

O espírito dessa integração supranacional, segundo Jean Monnet, um dos responsáveis pela criação da União Europeia, não visava coligar Estados, e sim homens. Tal pensamento reflete o ideal que vem sendo constantemente perseguido, ou seja, o de construir uma verdadeira identidade europeia, o que fica bastante claro no preâmbulo do Tratado da União Europeia (TUE).

Para que esses objetivos se concretizassem efetivamente, os Estados-Membros da UE, então, renunciaram a parte de suas soberanias em prol da integração supranacional, conferindo às instituições europeias a competência de criar regras jurídicas de obrigatoriedade e aplicação automática sobre o direito nacional – o chamado princípio da primazia.

---

[196] Advogada, especialista em Direito Processual Civil, mestranda em Constituição e Sociedade pelo Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

[197] Os países integrantes são: Alemanha, Áustria, Bélgica, Bulgária, Chipre, Croácia, Dinamarca, Eslováquia, Eslovênia, Espanha, Estônia, Finlândia, França, Grécia, Hungria, Irlanda, Itália, Letônia, Lituânia, Luxemburgo, Malta, Países Baixos (Holanda), Polônia, Portugal, Reino Unido, República Tcheca, Romênia e Suécia.

Em razão do princípio da primazia, justifica-se o fato de que surjam dúvidas nos órgãos jurisdicionais dos Estados-Membros a respeito da aplicação do direito local frente ao que dispõe o ordenamento jurídico da UE. Essas dúvidas podem ser sanadas por meio de um instrumento processual denominado “questão prejudicial”, suscitado pelo Tribunal local ao Tribunal de Justiça da União Europeia.

Tendo em vista que tal instrumento visa garantir que o direito comunitário seja aplicado em detrimento de qualquer regra nacional, é imperioso que o pronunciamento advindo do Tribunal de Justiça da União Europeia seja o mais democrático possível e, para isso, necessário seria que se considerassem as mais variadas posições a respeito da matéria em discussão.

Entretanto, em que pese o instituto do *amicus curiae* não encontrar previsão no direito da UE tal como existe no direito brasileiro, verifica-se que a sua implementação mostra-se imprescindível para a pluralização do debate acerca do direito supranacional.

## 2. A QUESTÃO PREJUDICIAL NO DIREITO DA UNIÃO EUROPEIA

O Direito da União Europeia encontra-se calcado nos tratados celebrados voluntariamente por todos os países membros. A partir dos referidos tratados e com o objetivo de concretizar todos os objetivos deles constantes, os órgãos da União Europeia responsáveis por criar normas jurídicas (Comissão, Conselho e Parlamento) adotam diferentes tipos de atos legislativos (regulamentos, diretivas, recomendações e pareceres).

Diante da pluralidade de normas jurídicas europeias, algumas delas vinculativas e outras não, algumas aplicáveis a todos os Estados-Membros e outras não, verificou-se a importância da existência de um órgão competente para interpretar o direito europeu, a fim de garantir a sua aplicação uniforme e automática a todos os países da UE, em atenção ao princípio da primazia. Esse órgão é o Tribunal de Justiça da União Europeia.

Ricardo Alonso García (2012, p. 181-182) observa que:

> Lo primeiro a destacar, com relación a la interpretación del ordenamiento jurídico europeo, es que el Tribunal de Justicia no es su intérprete exclusivo, sino que comparte tal labor com lós órganos jurisdiccionales nacionales (previéndose la cuestión prejudicial de interpretación como mecanismo de cooperación entre ambas jurisdicciones, europea y nacional); pero sí es su intérprete supremo, quedando aquéllos vinculados por la doctrina de Luxemburgo.

Assim, o Tribunal de Justiça da União Europeia, apesar de não ser o único intérprete do direito europeu, na medida em que os Estados-Membros também são responsáveis por interpretá-lo e aplicá-lo de forma a atender os objetivos da União Europeia, é ele quem dá a última palavra acerca do correto entendimento que deve ser conferida a determinado ato legislativo.

Não poderia ser diferente, eis que, contando a União Europeia com vinte e oito Estados-Membros, inafastável é o risco de que esses países, ao interpretarem o direito supranacional, o façam cada um de uma forma diferente, sendo imperioso, portanto, que haja um órgão capaz de uniformizar tais entendimentos.

Da necessidade de que o direito europeu seja interpretado de forma uniforme pelos Estados-Membros, o ordenamento jurídico da UE dispõe de um mecanismo denominado “questão prejudicial” ou “reenvio judicial”, que consiste num verdadeiro diálogo estabelecido entre os Tribunais nacionais e o Tribunal de Justiça da União Europeia, a fim de que o princípio da primazia do direito supranacional seja sempre respeitado.

Trata-se de um procedimento instaurado privativamente pelos juízes dos Estados-membros da União Europeia, no curso de um processo judicial, em que esses formulam uma indagação (pergunta) ao Tribunal de Justiça da União Europeia a respeito da interpretação dos Tratados e sobre a validade que deva ser conferida à legislação europeia.

O referido procedimento encontra previsão nos arts. 19.3.b do Tratado da União Europeia e 267 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, abaixo transcritos respectivamente:

> Artigo 19
> [...]
> 3. O Tribunal de Justiça da União Europeia decide, nos termos do disposto nos Tratados:
> [...]
> b) A título prejudicial, a pedido dos órgãos jurisdicionais nacionais, sobre a interpretação do direito da União ou sobre a validade dos atos adotados pelas instituições;
> [...]
> Artigo 267.º
> O Tribunal de Justiça da União Europeia é competente para decidir, a título prejudicial:
> a) Sobre a interpretação dos Tratados;
> b) Sobre a validade e a interpretação dos atos adotados pelas instituições, órgãos ou organismos da União.
> Sempre que uma questão desta natureza seja suscitada perante qualquer órgão jurisdicional de um dos Estados-Membros, esse órgão pode, se considerar que uma decisão sobre essa questão é necessária ao julgamento da causa, pedir ao Tribunal que sobre ela se pronuncie.
> Sempre que uma questão desta natureza seja suscitada em processo pendente perante um órgão jurisdicional nacional cujas decisões não sejam susceptíveis de recurso judicial previsto no direito interno, esse órgão é obrigado a submeter a questão ao Tribunal.
> Se uma questão desta natureza for suscitada em processo pendente perante um órgão jurisdicional nacional relativamente a uma pessoa que se encontre detida, o Tribunal pronunciar-se-á com a maior brevidade possível.

Como se verifica dos mencionados dispositivos legais, a questão prejudicial é estabelecida entre juízes (tanto dos tribunais nacionais como do tribunal europeu), ou seja, é prerrogativa dos órgãos jurisdicionais dos Estados-Membros, embora possa ser requerida por uma das partes litigantes do processo que originou tal questão.

Por força do disposto no art. 267 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, uma vez instados pelas partes litigantes, os órgãos jurisdicionais de última instância dos Estados-Membros têm o dever de suscitar a questão prejudicial, tendo em vista que em face de suas decisões não caberá mais qualquer recurso. No entanto, quando não se tratar de Tribunais nacionais de última instância, não há obrigatoriedade em sua instauração, ainda que requerida pelas partes.

Os julgamentos proferidos pelo Tribunal de Justiça da União Europeia nas questões prejudiciais que lhes são remetidas devem se ater apenas aos

questionamentos formulados (dúvidas), não podendo adentrar ao mérito propriamente dito dos processos judiciais que as originaram, já que esse será posteriormente enfrentado pelos órgãos jurisdicionais nacionais à luz do que foi decidido na referida questão prejudicial.

No que tange aos efeitos das decisões proferidas nas questões prejudiciais, devido à própria natureza uniformizadora que esse procedimento possui e diante do princípio da primazia do direito supranacional, só poderia ser vinculante, o que ocorre não apenas no âmbito das jurisdições dos Estados-Membros que a suscitaram, mas em toda a União Europeia.

Nesse contexto, portanto, a questão prejudicial tem uma função muito importante, que é a de garantir a existência de permanente cooperação judicial entre os países membros da União Europeia, visando conferir plena concretude ao direito comunitário.

## 3. O PAPEL DO *AMICUS CURIAE* NO DIREITO BRASILEIRO

O *amicus curiae* ou "amigo da corte" é um terceiro estranho à relação processual em julgamento, porém, não completamente desinteressado no desfecho dela, não se limitando a sua atuação apenas ao fornecimento de elementos técnicos sobre a matéria debatida, mas, na apresentação de fundamentos que efetivamente contribuam para a prolação de uma decisão favorável à parte que lhe interessa.

Na definição de Damares Medina (2010, p. 17):

> O *amicus curiae* é um terceiro que intervém em um processo, do qual ele não é parte, para oferecer à corte sua perspectiva acerca da questão constitucional controvertida, informações técnicas acerca de questões complexas cujo domínio ultrapasse o campo legal ou, ainda, defender os interesses dos grupos por ele representados, no caso de serem, direta ou indiretamente, afetados pela decisão a ser tomada.

No Brasil, essa figura tipicamente estadunidense[198], ganhou força com a Lei 9.868/1999[199], que dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade (ADI) e da ação declaratória de constitucionalidade (ADC) perante o Supremo Tribunal Federal. Tais ações são típicas do controle abstrato ou concentrado das normas, que consiste na verificação da constitucionalidade de atos normativos, impedindo que esses continuem a viger na hipótese de confrontarem com o texto constitucional (princípio da supremacia da Constituição[200]).

Essas duas ações – ADI e ADC – só podem ser ajuizadas pelas pessoas designadas no art. 103 da Constituição Federal[201], ou seja, somente as partes elencadas no referido dispositivo constitucional têm o direito de acesso à jurisdição constitucional pela via abstrata.

Ainda que esse rol de legitimados ao ajuizamento das referidas ações tenha sido sensivelmente ampliado na Constituição de 1988, diante da relevância do debate envolvendo a constitucionalidade de atos normativos, imperioso que a Corte Suprema, ao julgar ADI's e ADC's, possa contar com argumentos que não somente os veiculados pelas partes proponentes.

---

[198] Diante da própria natureza do direito americano, ou seja, em que os precedentes (*stare decisis)* é que irão dizer o significado e alcance das leis, a figura do *amicus curiae* faz-se necessária. O procedimento varia de estado para estado e, consequentemente, de tribunal para tribunal, mas, geralmente, consiste numa petição em que o terceiro, pessoa física ou jurídica, interessado em que a decisão judicial a ser proferida acolha uma determinada tese, expõe, brevemente, suas razões de convencimento.

[199] Antes da Lei 9.868/1999, a intervenção na qualidade de *amicus curiae* foi permitida no Brasil a algumas entidades reguladoras e fiscalizadoras, que deveriam ser intimadas para, querendo, se manifestar nos processos judiciais relativos à matéria de sua esfera de competência. Exemplos disso ocorreram na Lei 6.616/1978 em relação à Comissão de Valores Mobiliários; e na Lei 8.884/94 em relação ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE.

[200] No Brasil, a Constituição Federal, como lei maior, é o fundamento de validade de todas as normas do ordenamento jurídico.

[201] As pessoas autorizadas no art. 103 da CF são: Presidente da República, Mesa do Senado Federal, Mesa da Câmara dos Deputados, Mesa da Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, Governador de Estado ou do Distrito Federal, Procurador-Geral da República, Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil.

Nesse contexto, ainda que no controle concentrado de constitucionalidade brasileiro não seja permitida a intervenção de terceiros[202], conforme previsto no art. 7º, *caput*, da Lei 9.868/1999, o legislador ordinário permitiu ao relator da ADI ou da ADC, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, a admissão de manifestação de outros interessados ou entidades (art. 7º, §2º). Eis aí a figura do *amicus curiae.*

Sobre o referido dispositivo da Lei 9.868/1999, Gilmar Ferreira Mendes et. al (2007, p. 1082) observa:

> "Positiva-se, assim, a figura do amicus curiae no processo de controle de constitucionalidade, ensejando a possibilidade de o Tribunal decidir as causas com pleno conhecimento de todas as suas implicações ou repercussões".

O §2º do art. 7º da Lei 9.868/1999 determina que somente os órgãos ou as entidades representativas que demonstrem a relevância da matéria poderão se manifestar. Pessoas físicas, portanto, não poderão se habilitar como *amicus curiae*. Por sua vez, entidades que não demonstrem a utilidade e conveniência de suas manifestações não serão admitidas como *amicus curiae* (requisito da representatividade adequada), o que se constitui em verdadeiro filtro impeditivo da proliferação indevida de requerimentos de ingresso na qualidade de *amicus curiae.*

O ingresso do *amicus curiae* nos processos de controle concentrado de normas justifica-se no fato de que, a teor do que dispõe o parágrafo único do art. 28 da Lei 9.868/1999, a declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade proferida pelo Supremo Tribunal Federal terá eficácia contra todos (*erga omnes*) e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal.

---

[202] Segundo Athos Gusmão Carneiro (1989, p. 45): "No plano do *direito processual*, o conceito de terceiro terá igualmente de ser encontrado por negação. Suposta uma relação jurídica processual pendente entre *A,* como autor, e *B*, como réu, apresentam-se como *terceiros*, *C, D, E,* etc., ou seja, todos os que *não forem partes* (nem coadjuvantes de parte) *no processo pendente*. Pela intervenção, o *terceiro torna-se parte* (ou coadjuvante da parte) *no processo pendente*". (Grifo do Autor). No Brasil, a intervenção de terceiros está prevista no Código de Processo Civil - CPC, cujas modalidades são: assistência, oposição, nomeação à autoria, denunciação à lide e chamamento ao processo (arts. 50 e seguintes do CPC).

Por força do referido dispositivo legal, verifica-se que a decisão proferida em controle concentrado de constitucionalidade atinge número indefinido de pessoas, envolvendo, portanto, interesses supraindividuais que ultrapassam a esfera de interesse das partes envolvidas.

Importante lembrar que a figura do *amicus curiae* também encontra previsão da Lei 9.882, também do ano de 1999, que dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF). Trata-se de ação ajuizada perante o Supremo Tribunal Federal, cujos efeitos e eficácia são idênticos aos da ADI e da ADC, e que tem por objetivo "evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público" (art. 1º da Lei 9.882/1999).

Diante do alcance das decisões proferidas em ADI, ADC e ADPF a presença do *amicus curiae* nesses processos é recomendável, a fim de possibilitar que a Corte Suprema, de posse de mais argumentos, possa examinar a questão constitucional a fundo, o que possibilitará um julgamento mais seguro e completo.

Burger (1995, apud BUENO FILHO, 2002, p. 132), juiz norte-americano, observou, em relação à atividade jurisdicional dos Estados Unidos, que:

> Um tribunal que é final e irrecorrível precisa de escrutínio mais cuidadoso que qualquer outro. Poder irrecorrível é o mais apto para auto-satisfazer-se e o menos apto para engajar-se em imparciais auto-análises. Em um país como o nosso, nenhuma instituição pública ou o pessoal que opera pode estar acima do debate público.

O ingresso de *amicus curiae* nas ações do controle concentrado de constitucionalidade contribui para que o julgamento a ser proferido pelo Supremo Tribunal Federal, que vinculará a todos, seja precedido de exame profundo da questão constitucional, além de viabilizar a legitimação social das decisões da Corte maior.

Importante observar que, no Brasil, tem havido, de alguns poucos anos para cá, verdadeira ampliação do instituto do *amicus curiae*, que não encontra previsão apenas no controle concentrado ou abstrato de constitucionalidade realizado exclusivamente pelo Supremo Tribunal Federal, mas também no âmbito de julgamento de questões infraconstitucionais, cujas decisões também passaram a atingir um número indefinido de pessoas (Código de Processo Civil, art. 543-C, que

estabelece a sistemática de julgamento dos Recursos Especiais repetitivos perante o Superior Tribunal de Justiça[203]).

O Supremo Tribunal Federal também admite o ingresso de *amicus curiae*, nas hipóteses em que dá a última palavra sobre a interpretação da Constituição Federal em controle difuso ou concreto de constitucionalidade, o que ocorre no julgamento do recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida (art. 102, §3º da Constituição Federal, arts. 543-A e 543-B do Código de Processo Civil).

Outro exemplo de ingresso de *amicus curiae* ocorre no procedimento de edição, cancelamento ou revisão de Súmula Vinculante pelo Supremo Tribunal Federal (Lei 11.417/2006, art. 3º, §2º).

A ampliação da figura do *amicus curiae* no Brasil está ligada à força que os precedentes têm ganhado no direito brasileiro nos últimos tempos com a objetivação dos julgamentos, ou seja, com a prolação de decisões judiciais em determinados casos, cujos efeitos ultrapassam o limite das partes litigantes para atingir toda a coletividade de jurisdicionados e também os poderes públicos.

Sob esse prisma, a intervenção de *amicus curiae* torna-se necessária para contribuir para o julgamento das controvérsias, trazendo o maior número possível de manifestações que englobem os mais diversos pontos de vista sobre a matéria em discussão, com vistas a legitimar a decisão que será proferida.

## 4. ADMISSÃO DE *AMICUS CURIAE* NAS QUESTÕES PREJUDICIAIS: UMA QUESTÃO DE DEMOCRACIA

A questão prejudicial constitui-se num importante instrumento para garantir a interpretação e a aplicação do direito comunitário de forma uniforme por todos os Estados-Membros da União Europeia, conforme já abordado anteriormente.

---

[203] O Superior Tribunal de Justiça é o tribunal responsável pela uniformização do direito infraconstitucional brasileiro. Assim, é essa Corte que dá a última palavra sobre a interpretação de determinado dispositivo legal.

Por ser a questão prejudicial um mecanismo que produz efeitos não apenas para as partes litigantes no processo judicial em que tal questão foi suscitada, mas para os Estados-Membros, instituições e organismos da União Europeia, verifica-se que há previsão no Estatuto do Tribunal de Justiça da União Europeia, órgão com competência exclusiva para conhecer de tal questão, de manifestação de alguns interessados:

> Art. 23.º
> Nos casos previstos no artigo III-369º da Constituição, a decisão do órgão jurisdicional nacional que suspenda a instância e que suscite a questão perante o Tribunal de Justiça é a este notificada por iniciativa desse órgão. Esta decisão é em seguida notificada, pelo secretário do secretário do Tribunal de Justiça, às partes em causa, aos Estados-Membros e à Comissão, bem como à instituição, órgão ou organismo da União que tiver adoptado o acto cuja validade ou interpretação é contestada.
> No prazo de dois meses a contar desta última notificação, as partes, os Estados-Membros, a Comissão e, se caso disso, a instituição, órgão ou organismo da União que tiver adoptado o acto cuja validade ou interpretação é contestada têm o direito de apresentar ao Tribunal de Justiça alegações ou observações escritas.
> A decisão do órgão jurisdicional nacional é igualmente notificada pelo secretário do Tribunal de Justiça aos Estados partes no Acordo sobre o Espaço Económico Europeu que não sejam Estados-Membros, bem como ao Órgão de Fiscalização da EFTA mencionado no referido acordo, que têm o direito de apresentar ao Tribunal de Justiça alegações ou observações escritas, no prazo de dois meses a contar da notificação e quando esteja em causa um dos domínios de aplicação desse acordo. O presente parágrafo não se aplica às questões abrangidas pelo âmbito de aplicação do Tratado CEEA.
> Quando um acordo em determinada matéria, celebrado pelo Conselho e um ou mais países terceiros, determinar que estes últimos têm a faculdade de apresentar alegações ou observações escritas nos casos em que um órgão jurisdicional de um Estado-Membro submeta ao Tribunal de Justiça uma questão prejudicial sobre matéria do âmbito de aplicação do mesmo acordo, a decisão do órgão jurisdicional nacional que contenha essa questão é igualmente notificada aos países terceiros em questão, que, no prazo de dois meses a contar da notificação, podem apresentar ao Tribunal de Justiça alegações ou observações escritas.

O dispositivo acima transcrito disciplina a intervenção de terceiros no procedimento da questão prejudicial, permitindo que alguns interessados se manifestem em relação ao ato cuja validade ou interpretação esteja sendo objeto de dúvida em determinado Estado-Membro.

Como se verifica do art. 23 do Estatuto do Tribunal de Justiça da União Europeia esses interessados são: as partes, os Estados-Membros, a Comissão Europeia e, se for o caso, as instituições, órgãos e organismos da União que tiverem adotado o ato que está sendo objeto da questão prejudicial, que poderão se manifestar, apresentando suas razões.

Admitem-se, ainda, intervenções de Estados, mesmo os não membros da UE, mas partes no Acordo sobre o Espaço Econômico Europeu, bem como do Órgão de Fiscalização da EFTA[204], quando estejam sendo discutidos, na questão prejudicial, algum dos domínios de aplicação do referido acordo. Essa situação também ocorre em relação a um acordo sobre determinada matéria, celebrado pelo Conselho Europeu e um ou mais países terceiros, quando esteja sendo objeto da questão prejudicial algum assunto relacionado ao referido acordo.

A intervenção de terceiros nas questões prejudiciais se justifica diante da sua eficácia contra todos (*erga omnes*) e do seu efeito vinculante para todos os Estados-Membros, órgãos, organismos e instituições da União Europeia, assemelhando-se, portanto, e nessa medida, à figura do *amicus curiae* do direito brasileiro.

No entanto, o rol de legitimados a ingressarem como *amicus curiae* nos processos em que tal figura é admitida no direito brasileiro é mais alargado do que se verifica no direito da União Europeia. Isso porque, no Brasil, diferentemente do que ocorre na UE, órgãos ou as entidades representativas que demonstrem a relevância da matéria poderão se manifestar.

A manifestação de terceiros nas questões prejudiciais, conforme salientado anteriormente, está restrita às partes, aos Estados-Membros e aos órgãos ou instituições da União Europeia, não sendo permitido, por exemplo, ao contrário do que ocorre no Brasil, que entidades de classe como, por exemplo, associações que representem determinado setor ou categoria, ou ainda, sindicatos, os quais serão atingidos pela decisão do Tribunal de Justiça da União Europeia forneçam

---

[204] EFTA – em inglês: *European Free Trade Association*. Em português: Associação Europeia de Livre Comércio – AELC.

argumentos técnicos a respeito da matéria discutida, seus pontos de vistas em relação a determinada interpretação ou sobre a validade ou invalidade do ato objeto da questão prejudicial.

Luís Sérgio Soares Mamari Filho (2005, p. 84), em relação à experiência brasileira, observa que:

> No caso do Brasil, a existência de uma Corte, o Supremo Tribunal Federal, encarregada da guarda da Constituição, não garante por si só que o resultado da interpretação seja o mais adequado possível. Nessa esteira, os agentes clássicos (tidos como não oficiais) não são mais capazes de garantir a correspondência entre o texto da Constituição interpretado e o senso de justiça da sociedade.
> A ampliação do número de intérpretes da Constituição é, dessa forma, a alternativa vislumbrada para que seja mitigada a insegurança quanto ao fruto do processo de interpretação. Em sociedades plurais, quanto maior for o número de entes capacitados para intervir na conformação do sentido da Constituição, na mesma proporção, maior a certeza de que os direitos serão tutelados da forma mais próxima da ideal.

Justamente por não se poder garantir que o Supremo Tribunal Federal, responsável por guardar a Constituição Brasileira, realize a interpretação mais segura e adequada do direito constitucional, fez-se necessário possibilitar que, em causas cujas decisões terão efeitos para todos e a eficácia vinculará todos os órgãos públicos, fosse realizado um amplo debate na sociedade, o que se concretizou por meio do *amicus curiae*.

Do mesmo modo, o Tribunal de Justiça da União Europeia, órgão responsável por zelar pela interpretação e aplicação uniforme do direito supranacional, a fim de que suas decisões, proferidas especialmente nas questões prejudiciais, sejam adequadas e seguras, deveria abrir-se ao debate público, ampliando, assim, o rol de legitimados a apresentarem suas manifestações no referido procedimento.

Com isso, estará democratizando o debate sobre o direito comunitário, possibilitando que as interpretações que propuserem não estejam distantes da realidade experimentada pela União Europeia.

## CONCLUSÃO

O mecanismo da questão prejudicial no direito da União Europeia fortalece a permanente cooperação entre os judiciários nacionais e o Tribunal de Justiça da União Europeia, permitindo que o direito supranacional seja interpretado e aplicado de forma homogênea em toda a UE, o que permite a concretização do princípio da primazia do direito comunitário.

As decisões proferidas nas questões prejudiciais possuem efeitos vinculantes, que não se restringem apenas à jurisdição do Estado-Membro que a suscitou, mas estende-se a todas as jurisdições nacionais dos países que compõem a União Europeia.

Justamente essa característica (efeitos vinculantes) faz com que o mecanismo da questão prejudicial possua características típicas de um processo objetivo, o que o aproxima, por exemplo, das ações do controle concentrado de constitucionalidade brasileiro.

Em processos com características objetivas – efeitos *erga omnes* e eficácia contra todos, é necessário que, nos seus julgamentos, haja um amplo debate na sociedade, já que esta será diretamente atingida pelas decisões neles proferidas.

No Brasil, inicialmente apenas nas ações de controle concentrado de constitucionalidade, mas hoje também nos processos em que existem decisões vinculantes, a presença do *amicus curiae* permite que o debate público seja realizado.

A intervenção do *amicus curiae* no direito brasileiro, diferentemente do que ocorre no direito da União Europeia, especialmente, nas questões prejudiciais, é mais alargado, permitindo que órgãos ou entidades de classe intervenham na causa para expor argumentos técnicos ou apenas para externar o seu ponto de vista sobre a matéria em discussão.

Por óbvio que não é qualquer órgão ou entidade de classe que será admitido como *amicus curiae*, mas aqueles que demonstrarem a sua representatividade e pertinência temática com a matéria em julgamento, requisitos esses que impedem a proliferação de pedidos nesse sentido.

No entanto, verifica-se que, nas questões prejudiciais, o rol de legitimados é restrito apenas às partes, aos Estados-Membros e aos órgãos ou instituições da União Europeia, não sendo permitido, por exemplo, ao contrário do que ocorre no Brasil, que entidades de classe nacionais, tais como associações que representem determinado setor ou categoria, ou ainda, sindicatos, os quais serão atingidos pela decisão do Tribunal de Justiça da União Europeia manifestem-se a respeito da validade ou invalidade do ato objeto da questão prejudicial.

Considerando o fato do Tribunal de Justiça da União Europeia ser o órgão competente para dar a última palavra a respeito da interpretação a ser conferida a determinado ato, tendo sua decisão efeitos vinculantes, a restrição concernente ao rol de legitimados a intervirem nas questões prejudiciais impede que a matéria em julgamento seja apreciada de forma completa, profunda e segura, o que não se coaduna com as sociedades plurais, tipicamente democráticas, como a União Europeia.

Assim, entende-se ser relevante para a própria legitimação das decisões proferidas pelo Tribunal de Justiça da UE, uma aproximação com o direito brasileiro no que concerne às regras de admissão de *amicus curiae,* propondo-se uma ampliação do rol de interessados nas questões prejudiciais, o que permitirá um amplo debate público.

## REFERÊNCIAS

BUENO FILHO, Edgar Silveira. *AMICUS CURIAE – A democratização do debate nos processos de controle de constitucionalidade*. Direito Federal: Revista da Associação dos Juízes Federais do Brasil – Brasília: Associação dos Juízes Federais do Brasil - AJUFE, 2002, p. 127-160.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 10 ago. 2013.

_______. *Código de Processo Civil*. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869compilada.htm>. Acesso em: 10 ago. 2013.

_______. *Lei 9.868, de 10 de novembro de 1999*. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9868.htm > Acesso em: 10 ago. 2013.

________. *Lei 9.882, de 3 de dezembro de 1999*. Dispõe sobre o processo e julgamento da argüição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1o do art. 102 da Constituição Federal. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9882.htm> Acesso em: 10 ago. 2013.

________. *Lei 6.616, de 16 de dezembro de 1978*. Acrescenta artigos a Lei nº 6.385, de 7 de dezembro de 1976, que dispõe sobre o mercado de valores mobiliários e cria a Comissão de Valores Mobiliários. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6616.htm> Acesso em: 10 ago. 2013.

________. *Lei 8.884, de 11 de junho de 1994.* Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. Disponível em:

< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8884.htm> Acesso em: 10 ago. 2013.

________. *Lei 11.417, de 19 de dezembro de 2006*. Regulamenta o art. 103-A da Constituição Federal e altera a Lei no 9.784, de 29 de janeiro de 1999, disciplinando a edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal, e dá outras providências. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11417.htm> Acesso em: 10 ago. 2013.

CARNEIRO. Athos Gusmão. *Intervenção de Terceiros*. São Paulo: Saraiva, 1989.

EUROPA. Versão Consolidada do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia. Disponível em:

<eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:083:0047:0200:pt:PDF> Acesso em: 15 ago. 2013.

________. Versão Consolidada do Tratado da União Europeia. Disponível em:

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:083:0047:020:pt:PDF> Acesso em: 15 ago. 2013.

________. Estatuto do Tribunal de Justiça da União Europeia. Disponível em:

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2004:310:0210:0224:PT:PDF> Acesso em: 15 ago. 2013

GARCIA. Ricardo Alonso*. Sistema Jurídico de la Unión Europea*. Navarra: Thompson Reuters (Legal) Limited, 2012.

MAMARI FILHO, Luis Sérgio Soares. A Comunidade Aberta de Intérpretes da Constituição: o amicus curiae como estratégia de democratização da busca do significado das normas – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

MEDINA, Damares. Amicus Curiae: Amigo da Corte ou Amigo da Parte? São Paulo: Saraiva, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional.* São Paulo: Saraiva, 2007.

# UNIÓN EUROPEA Y DERECHOS FUNDAMENTALES

**Gregorio Cámara Villar**

## 1. EL INICIAL SILENCIO DE LOS TRATADOS EN MATERIA DE DERECHOS Y LA ACCIÓN PRETORIANA DEL TJCE

Cuando se crearon las Comunidades Europeas a mediados del siglo pasado, los Tratados constitutivos sólo se referían a algunas libertades, las llamadas «libertades económicas», que eran justo las necesarias e imprescindibles para el funcionamiento del mercado común europeo y sus objetivos económicos: las libertades de circulación de bienes, de servicios, de capitales, de trabajadores y de establecimiento en cualquier parte del territorio de los Estados miembros. A ellas se añadía el principio de no discriminación por razón de nacionalidad (art. 7 TCEE), principio cardinal del mercado común, que impedía que se tomara en cuenta la condición de ser nacional de uno u otro Estado miembro para dar un trato diferente a las personas o a las empresas que ejercían aquellas libertades; y también el principio de igualdad salarial entre hombre y mujer por el mismo trabajo (art. 119 TCEE), que igualmente tenía una razón de ser más económica que de otra naturaleza. Además de ello, un conjunto de disposiciones tendían a lograr una elevación del nivel de vida, lo cual, a juicio de algunos autores, venía a incorporar, siquiera implícitamente, el «derecho» a un nivel de vida suficiente (arts. 2, 3, 39, 117 y 118 TCEE). Obviamente tales referencias concretas no buscaban, conforme a los objetivos centrales y competencias de las Comunidades, el establecimiento de un estatuto más o menos amplio de respeto para la dignidad, la libertad y la seguridad de las personas en el ámbito comunitario que configurara un sistema destinado a proteger los derechos de las personas en relación con las actuaciones de los poderes públicos comunitarios, sino afianzar el espacio económico común cuya construcción y desarrollo se perseguía. Se trataba de una primera etapa en la construcción de Europa, más propia de lo que gráficamente se dio en llamar la «Europa de los mercaderes» que de la «Europa de los ciudadanos».

A esto se limitaba, en relación con los derechos fundamentales, la regulación de los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas. Nada más se decía en

ellos sobre los derechos humanos que toda persona tiene por el simple hecho de serlo, de acuerdo con su dignidad, y que las instituciones comunitarias y los Estados miembros al aplicar Derecho comunitario han de respetar igualmente. Pero esta situación no significaba ni mucho menos que las Comunidades europeas se desentendieran de los derechos humanos o que no los respetaran. Al contrario, el espíritu que presidió la creación de los Tratados, cuyos Preámbulos reflejan, concita los valores del universalismo, europeismo, humanismo, construcción y consolidación de la paz, y aspiración al desarrollo socio-económico y a una más justa distribución de la riqueza; esto es, los Tratados componen un conjunto de referencias en el que el respeto de los derechos humanos está implícitamente presente; por otra parte, el compromiso de las instituciones con los derechos humanos era muy profundo, hasta el punto de que sólo se permitía la pertenencia a este selecto «club» de Estados a aquellos que tuvieran una organización democrática y respetaran los derechos fundamentales de todos. Precisamente por ello en los Tratados constitutivos resonaba un clamoroso silencio en lo relativo a los derechos fundamentales de las personas y su protección en el ámbito comunitario (E. Pérez Vera).

Los problemas, sin embargo, existían porque, al contrario de lo que inicialmente se creyó, los objetivos exclusivamente económicos de la Comunidad no hacían innecesarias estas normas; era erróneo pensar que por su propia naturaleza, la Comunidad no infringiría en ningún caso los derechos fundamentales de los ciudadanos de los Estados miembros, al no ostentar ningún poder político. Pronto pudo comprobarse que los particulares que estaban obligados a cumplir las normas y los actos de las instituciones comunitarias veían en algunos casos lesionados los derechos fundamentales que, por el contrario, tenían garantizados por su Constitución en su propio país (por ejemplo, la inviolabilidad del domicilio, el derecho de propiedad, el libre desarrollo personal, etc.). De esta manera, comenzaron a alegar estos derechos frente a actos comunitarios ante la jurisdicción interna y, en último término, ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE), para que este órgano judicial garantizara su respeto.

Desde finales de los años cincuenta hasta finales de los sesenta, el Tribunal de Justicia se mantuvo en una posición, denominada por la doctrina «inhibicionista», rechazando un pronunciamiento sobre tales alegaciones de vulneración de derechos

fundamentales, destacando que su función no era otra sino aplicar el Derecho comunitario, sin que el derecho interno de los Estados pudiera constituir bajo ninguna hipótesis un parámetro de validez para el enjuiciamiento de las normas comunitarias. Se trata de una fase en la que puede decirse que estaban en construcción doctrinal los principios de primacía y efecto directo del Derecho comunitario que se afirman con las Sentencias de 5 de febrero de 1963 (Asunto 26/62, Van Gend en Loos) y de 15 de julio de 1964 (Asunto 6/64, Costa/E.N.E.L). Son representativas de esta fase, entre otras, las SSTJCE: Stork (1959), Firme I. Nold K.G. c. Haute Autorité CECA (1959), Comptoirs de Vente du Charbon de la Rhur (1960); Sgarlata (1965), etc.

Desde finales de los años sesenta, a partir de la Sentencia Stauder (1969), aunque los Tratados constitutivos de las Comunidades no se refirieran expresamente a los derechos fundamentales, el TJCE se adentra progresivamente en una fase llamada por la doctrina «proteccionista», en la que asumió su protección considerándolos «principios generales del Derecho comunitario» que tenían que respetarse y garantizarse con el contenido material derivado de las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros y de los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos a los que los Estados miembros han cooperado o se han adherido, referencia que se concretaría más específicamente en el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950. Son representativas de esta fase, además de la citada Sentencia Stauder, las SSTJCE Nold (1974), Internationale Handelsgesellschaft (1970), Hauer (1979), National Panasonic (1979), etc.

El fundamento normativo de esta construcción se encontró en la interpretación extensiva dada entonces por el Tribunal al artículo 164 del Tratado de Roma al establecer que «el Tribunal de Justicia garantizará el respeto del Derecho en la interpretación y aplicación del presente Tratado». Esta interpretación encontraba apoyo, además, en otros dos preceptos del Tratado de Roma: el artículo 173 que, al referirse a los recursos contra los actos del Consejo y de la Comisión, preveía que el Tribunal de Justicia controla la legalidad de los actos comunitarios pronunciándose sobre la violación del Tratado, pero también sobre la violación de

«cualquier norma jurídica relativa a su ejecución»; y el artículo 215 que, en materia de responsabilidad extracontractual, hacía referencia a «los principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros».

Pero no sólo el TJCE llevó a cabo este proceso protector. El compromiso de las instituciones comunitarias con los derechos humanos siempre ha sido claro e intenso. En este sentido, ante las reacciones que se estaban planteando en las jurisdicciones de algunos Estados miembros en relación con la aplicación del principio de primacía sin que importara el rango, constitucional o no, de la norma interna (y, con ello, la posible violación o inobservancia de derechos constitucionalmente consagrados), es especialmente importante tomar en consideración la Declaración conjunta del Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión de 5 de abril de 1977. Ésta subraya como cuestión prioritaria el respeto que reciben y han de recibir los derechos fundamentales por las instituciones, tal y como se desprenden, en particular, de las Constituciones de los Estados miembros, así como de la CEDH de 1950, comprometiéndose a que así siga siendo en el futuro. También el Consejo Europeo aprobó un año después (8 de abril de 1978) una declaración sobre la democracia en la que los Jefes de Estado y de Gobierno se adhieren a la mencionada Declaración conjunta del Parlamento, el Consejo y la Comisión y solemnemente declaran que «el respeto y el mantenimiento de la democracia parlamentaria y los derechos humanos en todos los Estados miembros son elementos esenciales de su pertenencia a las Comunidades Europeas».

La razón de estas reacciones es que poco antes se había producido la llamada «rebelión» de los Tribunales constitucionales italiano y alemán. Estos Tribunales cuestionaron la primacía del Derecho comunitario si ésta suponía una vulneración de los derechos fundamentales constitucionalmente garantizados en sus Constituciones. Ya que el Derecho comunitario no disponía de las normas necesarias para garantizar el respeto por estos derechos, el control de constitucionalidad sobre las normas de la Comunidad que afectaran a derechos fundamentales se haría, mientras tanto, por los tribunales constitucionales nacionales. De esta manera se declararon competentes para, si se daban esas circunstancias, declarar inconstitucional una norma comunitaria. En efecto, en la Sentencia Frontini de la Corte Costituzionale, de 27 de diciembre de 1973, se

afirmaba que las limitaciones de la soberanía permitidas por el artículo 11 de la Constitución italiana sólo lo eran «para los fines allí indicados, y debe por lo tanto excluirse que dichas limitaciones de soberanía [...] puedan otorgar a los órganos de la CEE un poder inaceptable para violar los principios fundamentales de nuestro orden constitucional o los derechos inalienables de las personas» (considerando 21). Por su parte, la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán de 29 de mayo de 1974, conocida como Solange I, resalta que la Comunidad carecía de un Parlamento democráticamente elegido ante el que las instituciones pudieran ser responsables, así como de un «catálogo codificado de derechos fundamentales» susceptible de poder dotar de seguridad jurídica a la protección de los derechos fundamentales en el ámbito comunitario; de tal manera «mientras que esta certeza jurídica, que no se garantiza meramente por sentencias del TJCE, aunque las mismas hayan sido favorables a los derechos fundamentales, no se alcance en el curso de la futura integración de la Comunidad, la reserva que se deriva del artículo 24 de la Constitución debe aplicarse».

Sin embargo, la ingente labor del TJCE en materia de derechos fundamentales a partir de Hauer vino a tranquilizar a los Tribunales constitucionales protagonistas de la llamada «rebelión», que posteriormente cambiaron sus respectivas líneas jurisprudenciales al respecto, pasando de una jurisprudencia orientada a establecer los límites constitucionales de la primacía comunitaria a otra más preocupada por la resolución de problemas concretos que por declaraciones de principios. Así, en la Sentencia de la Corte Constitucional italiana, Granital (170/1984), se reconocen las consecuencias de la primacía del Derecho comunitario para el juez ordinario, declarando inadmisible la cuestión de inconstitucionalidad de la ley posterior incompatible con el Derecho comunitario. Y en la Sentencia Fragd (232/1989) reconoce la Corte que el ordenamiento comunitario prevé un sistema «amplio y eficaz» de tutela de los derechos fundamentales, así como que éstos, deducibles de los principios comunes de los ordenamientos de los Estados miembros, constituyen parte integrante y esencial del Derecho comunitario, por lo que es improbable que una lesión de derechos quede sin tutela jurisdiccional; pero, como lo improbable no deja de ser posible, reafirmaba su competencia para verificar, a través del control de constitucionalidad de la ley de ejecución, si una disposición

del tratado, tal como es interpretada y aplicada por las instituciones y órganos comunitarios, no es contraria al ordenamiento constitucional italiano o no lesiona los derechos inalienables de la persona. Por su parte, el Tribunal Constitucional Federal alemán ya en el auto de 23 de junio de 1981 (Eurocontrol), declaró que sólo era exigible del Derecho comunitario una protección «suficiente» de los derechos fundamentales, no siendo necesaria la igualación del estándar derivado de la Ley Fundamental alemana. Y en la sentencia conocida como Solange II (26 de octubre de 1986) el Tribunal reconoce al TJCE la condición de «juez legal» en el sentido de la Constitución alemana y afirma que en tanto que las Comunidades garanticen una protección eficaz de los derechos fundamentales frente al poder comunitario sustancialmente «equivalente en lo esencial» a la protección ofrecida por la Ley Fundamental, se abstendrá en lo sucesivo de ejercer su competencia jurisdiccional en materia de aplicación del Derecho comunitario derivado que se alegue como fundamento de actos de tribunales o autoridades alemanas y, en consecuencia, no revisará dicho Derecho derivado a la luz de los Derechos fundamentales de la Ley Fundamental.

En definitiva, a lo largo de este período el TJCE construye una doctrina según la cual la fuente formal de los derechos fundamentales son «los principios generales» del Derecho comunitario y sus fuentes materiales nutricias las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros y los instrumentos internacionales relativos a la protección de los derechos humanos, singularmente la Convención de 1950. Con ello el TJCE consigue afirmar la protección de los derechos garantizando al tiempo el principio de primacía del Derecho comunitario y, así, su posición autónoma en relación con los ordenamientos de los Estados miembros y hasta su misma posición institucional. De esta forma, también, el enfrentamiento entre las Cortes se había reducido, permitiendo el diálogo y la cooperación entre ellas, si bien quedaba latente una solución definitiva a las posibilidades de conflicto.

De acuerdo con esta evolución, el TJCE ha tenido ocasión de considerar como derechos fundamentales, a modo de ejemplo, la prohibición de la discriminación (Defrenne/Sabena, 1976); la libertad de asociación (Gewerkschaftsbund, Massa..., 1974); la libertad religiosa y de confesión (Prais,

1976); la protección de la esfera privada (National Panasonic, 1980); el secreto médico (Comisión/República Federal de Alemania, 1992); el derecho a la propiedad (Hauer, 1979); la libertad de ejercicio de una profesión (Hauer, 1979); la libertad de comercio (Internationale. Handelsgesellschaft, 1970); la libertad económica (Usinor, 1984); el respeto de la vida familiar (Comisión/Alemania, 1989); el derecho a una protección jurídica eficaz ante los tribunales y a un proceso justo (Johnston/Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary, 1986; Pecastaing/Bélgica, 1980); la inviolabilidad del domicilio (Hoechst AG/Comisión, 1989); la libertad de expresión y de publicación (VBVB, VBBB, 1984).

## 2. LOS CAMBIOS EN LOS TRATADOS: ACTA ÚNICA EUROPEA, MAASTRICHT, ÁMSTERDAM Y NIZA

La situación hasta ahora descrita, pese a todo, seguía resultando profundamente insatisfactoria, por dos razones básicas. En primer lugar, porque los derechos fundamentales son la clave de bóveda de la legitimidad democrática de los Estados constitucionales y por eso no resultaba justificable que una organización superior a la que se someten los nacionales de los Estados miembros no tuviera una propia Declaración de derechos en sus textos constitutivos. Y, en segundo lugar, porque la falta de reconocimiento expreso en una norma de rango «constitucional» producía serios problemas para saber con precisión cuál era el contenido y alcance de los derechos. Por lo tanto, los derechos seguían dependiendo de las interpretaciones que en cada caso realizara el TJCE y no existía la seguridad necesaria que permitiera a las personas conocerlos con claridad antes del momento de acudir a los tribunales para su protección. De esta forma, también, el «enfrentamiento» entre los Tribunales constitucionales de los Estados miembros y el TJCE permanecía cerrado en falso, persistiendo el riesgo de su reproducción porque las causas estructurales seguían siendo las mismas, con independencia de que la cláusula «mientras tanto» de la Sentencia Solange II, construida en atención al grado de protección real de los derechos en el ámbito comunitario, hubiera llegado ya a disolver en buena medida la conflictividad y permitido la cooperación entre las Cortes constitucionales de los Estados y el TJCE y, del mismo modo, hubiera

garantizado a éste su posición institucional, así como que los principios de primacía y efecto directo del Derecho comunitario no resultasen mermados.

Este panorama cambió en algunos aspectos al modificarse el derecho comunitario escrito. Los episodios fundamentales, brevemente expuestos, son los siguientes:

a) El Acta Única Europea (1985) introdujo nuevas disposiciones en los tratados originarios que tenían repercusiones en algunos derechos fundamentales (por ejemplo, en materia de medio ambiente), así como una referencia expresa al CEDH y a los derechos fundamentales en general como base para el desarrollo de la democracia. Pero la ocasión fue, en general, desaprovechada para incidir con más intensidad en la cuestión del reconocimiento y protección de los derechos.

b) El Tratado de la Unión (Tratado de Maastricht, 1992) es sin embargo fundamental en este proceso, porque establece la «ciudadanía de la Unión» y porque consagra, a nivel «constitucional», el compromiso de la Unión Europea con los derechos humanos. A partir de este momento, el paso hacia la «Europa de los ciudadanos» adquiere un gran impulso. Por una parte, la creación de la ciudadanía responde al deseo de legitimar el proceso de integración europeo, democratizándolo en alguna medida, al favorecer la participación de los ciudadanos de los pueblos de Europa en los asuntos públicos de la Unión mediante un conjunto de derechos: a circular y a residir libremente en el territorio de los Estados de la Unión; a votar y a ser elegido en las elecciones municipales del país donde residan (lo cual motivó la primera reforma de la Constitución española en 1992 para adaptarla a este derecho); a votar y a ser candidato en las elecciones al Parlamento Europeo; el derecho de petición al Parlamento Europeo; el derecho a recurrir al Defensor europeo del Pueblo; el derecho a acogerse a la protección de las autoridades diplomáticas y consulares de todo Estado miembro cuando se esté en Estados no pertenecientes a la Unión.

Por otra parte, el Tratado de la Unión estableció, siguiendo la estela de la doctrina sentada por el TJCE, un mandato a las instituciones de la Unión para que respetaran los derechos fundamentales de las personas tal y como se garantizan en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las

Libertades Fundamentales de 1950, y tal y como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros como principios generales del Derecho comunitario. Además, se incluyó también una referencia a los derechos humanos como objetivos que debía perseguir la Política Exterior y de Seguridad Común y la de Cooperación en Asuntos de Justicia e Interior.

c) El Tratado de Ámsterdam (1997) profundizó en este compromiso con los derechos humanos. En primer lugar, mediante la formulación de los principios que actúan como fundamentos constitucionales del Derecho comunitario y, por tanto, como focos y guías para su existencia y desarrollo: la libertad, la democracia, el respeto de los derechos humanos y a las libertades fundamentales y el Estado de Derecho, principios todos ellos que son comunes a los Estados miembros (art. 6.1). En segundo lugar, al establecer la posibilidad de la suspensión de derechos de los Estados miembros cuando se haya constatado la existencia de una «violación grave y persistente» de los principios antes mencionados (art. 7). De este modo, la propia Unión se defiende políticamente frente a aquellos Estados que no respeten los principios sobre los que se basa, entre los cuales están los derechos humanos. También se exigía el respeto de estos principios, por supuesto, para poder ser Estado candidato a formar parte de la Unión. Igualmente se produce la abolición de la pena de muerte en una declaración aneja; y se refuerza el principio de no discriminación mediante la introducción de razones de prohibición de la misma distintas de la nacionalidad (art. 13 TCE). Un aspecto especialmente destacable de Ámsterdam es la intensificación de la protección de la igualdad, estableciendo que «la Comunidad se fijará el objetivo de eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer y promover la igualdad» (arts. 2 y 3), introduciendo un apartado en el artículo 141 TCE (antiguo 119), que supone la cobertura normativa para sancionar la legitimidad, ya jurisprudencialmente consagrada, de las medidas llamadas de acción positiva y discriminación inversa, incorporándose así en plenitud al universo axiológico de la comunidad de Derecho que supone la UE y ampliando las causas de interdicción de la discriminación. Finalmente, es muy importante señalar que mediante el Tratado de Ámsterdam el respeto de los derechos humanos pasa a convertirse en una materia que puede ser controlada jurídicamente por el TJCE en virtud de lo establecido en el nuevo artículo 46.d) del TUE.

d) El Tratado de Niza (2000) reforzó el mecanismo de control de los Estados con el establecimiento de una nueva fórmula de control preventivo (art. 7), según la cual el Consejo «podrá constatar la existencia de un riesgo claro de violación grave» por parte de un Estado miembro de los principios antes mencionados y dirigirle «recomendaciones adecuadas» con la finalidad de superar la situación y recuperar la normalidad. Este artículo, no permite sin embargo más que un enfoque político global y no un enfoque individual. El riesgo y la violación constatados deben ir más allá de situaciones individuales y alcanzar la dimensión de un problema sistemático.

## 3. PROCLAMACIÓN DE LA CARTA EUROPEA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN NIZA EL 7 DE DICIEMBRE DE 2000

Otro importante y fundamental paso es el que se dio con la proclamación de la Carta Europea de los Derechos Fundamentales el 7 de diciembre de 2000. Esta nueva situación se produjo a partir del proceso abierto por el Consejo Europeo de Colonia (3 y 4 de junio de 1999), continuado por el Consejo Europeo de Tampere (15 y 16 de octubre de 1999) y la Convención que de él surgió, desembocando, tras un amplio debate en Europa, en la proclamación solemne de la Carta en Niza, en diciembre de 2000, por los Presidentes del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión.

Puede decirse que la carta viene a ser el más moderno denominador común de los derechos y las libertades fundamentales a partir de las tradiciones constitucionales de los Estados miembros. Aunque la Carta introduzca algunos derechos nuevos, lo que hace en términos generales es recoger y sistematizar aquellos a los que nos hemos referido en el proceso antes explicado, con inspiración, por consiguiente, en las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros y en los instrumentos internacionales de protección de derechos, muy singularmente el Convenio Europeo de 1950. La Carta se fundamenta en los principios indivisibles y universales de la dignidad de la persona, la libertad, la igualdad y la solidaridad. Todos estos principios forman como una especie de red o

nervadura en la que aparecen integrados y relacionados entre sí los múltiples derechos que incorpora la Carta. Precisamente por ello suponen en su conjunto un sistema de valores que concuerda totalmente con el que sustenta a las Constituciones de los Estados miembros. Fácilmente puede comprobarse que los derechos que reconoce la Carta están formulados de una manera bastante similar a como lo hace, por ejemplo, la Constitución española de 1978, aunque lo haga de una manera más sintética.

Tiene la Carta, además, la virtud de tratar conjuntamente todas las clases de derechos: no sólo los derechos civiles y políticos, sino también los derechos económicos y sociales. De esta manera quedan situados en el centro de actuación de la Unión Europea el respeto de las personas y de su dignidad y libertad, así como de su igualdad en el acceso al goce de los derechos y de una serie de bienes básicos. Al mismo tiempo proclama igualmente su intención de reforzar la protección de estos derechos, dotándolos de mayor presencia conforme vayan evolucionando la sociedad, el progreso social y los avances científicos y tecnológicos.

El principal problema de la Carta consistía en que era tan solo una declaración solemne de derechos, sin la fuerza jurídica de obligar. Pero, pese a la ausencia formal de fuerza vinculante, ya en un memorándum de marzo de 2001 el Presidente de la Comisión Europea y el Comisario responsable de Justicia e Interior declararon que la Carta debía convertirse en la piedra angular de las acciones futuras de la Comisión; desde entonces, todo nuevo instrumento legislativo que tenga una relación cualquiera con los derechos fundamentales debe contener la siguiente declaración formal: «El presente acto respeta los derechos fundamentales y se atiene a los principios reconocidos por la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.» La Carta resulta también frecuentemente mencionada por los Abogados Generales del Tribunal de Justicia, y ha desplegado su influencia sobre el TJCE y, en general, sobre las jurisdicciones de los Estados miembros.

En la Unión Europea, llegados a este punto, el progreso en esta materia, como en tantas otras, tan solo podía producirse ya mediante un salto cualitativo: establecer una Constitución para Europa que aproximara sus estructuras a los elementos básicos y nucleares de la democracia y con las técnicas del

constitucionalismo, con la incorporación, por consiguiente, de la Carta de derechos fundamentales para dotarla de fuerza jurídica vinculante.

## 4. EL PROCESO DE CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Si en Niza se abrió la puerta para emprender el proceso de constitucionalización de la Unión, éste se acordó en Laeken y desembocó en la reunión del Consejo Europeo celebrado en Salónica con la presentación en junio de 2003 del Proyecto de Tratado por el que se venía a establecer una Constitución para Europa. Con las nuevas perspectivas abiertas por la incorporación en la primavera de 2004 de diez nuevos Estados miembros a la Unión y tras los cambios políticos en las relaciones internacionales producidos fundamentalmente a partir de la guerra de Irak, existía la esperanza de que la aprobación del Tratado supusiera que la Unión Europea se dotara, por fin, de una Constitución. Esta posibilidad tenía y sigue teniendo una importancia incalculable para avanzar en la construcción de Europa conforme a los principios y técnicas del constitucionalismo y emprender un camino de cambio social efectivo orientado por los valores propios de la sociedad democrática y pluralista (respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto de los derechos humanos y de la diversidad) con repercusiones no sólo dentro, sino también fuera de nuestras fronteras. La construcción de Europa conforme a estos objetivos exige, en efecto, más legitimidad para sus instituciones y más democracia en su funcionamiento; más igualdad y más atención social basada en los niveles de igualdad y libertad ya adquiridos; más cooperación entre los Estados miembros; mayor apertura y solidaridad con los Estados vecinos y con los menos desarrollados del planeta; y una mayor presencia en la escena internacional para contrapesar a otras potencias y poder influir y cooperar intensamente en la resolución de los conflictos y en la preservación de las condiciones de vida. Un papel central en este sistema lo ocupa sin ninguna duda el respeto y la protección de los derechos y las libertades fundamentales.

En este sentido, el Tratado constitucional garantizaba en primer lugar en el interior de la Unión europea las llamadas «libertades fundamentales» (libertad de

circulación de personas, servicios, mercancías, capitales y de establecimiento), así como el principio de no discriminación por razón de nacionalidad (art. 4).

En segundo lugar, dedicaba el Título II de la Primera Parte a «Los derechos fundamentales y la ciudadanía de la Unión». En el artículo 9 reconocía los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales que constituía la Parte II de la Constitución, y establecía que la Unión se adheriría al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. También disponía que los derechos fundamentales que garantiza el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros forman parte del Derecho de la Unión como principios generales; por esta razón son titulares y beneficiarios de estos derechos todas las personas, sean o no ciudadanos de la Unión.

En tercer lugar, el artículo 10 se dedicaba precisamente a la ciudadanía de la Unión, ciudadanía que poseería toda persona que sea nacional de un Estado miembro. Esta «ciudadanía europea» se añade a la ciudadanía nacional, sin sustituirla, e incluía dos nuevos derechos respecto a la ciudadanía incorporada por el Tratado de Maastricht: el derecho a una buena administración y el de acceso a los documentos.

En cuarto lugar, la Parte II de la Constitución recogía en su integridad la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión tal como se había proclamado en Niza en el año 2000, con algunos retoques introducidos en junio de 2004. Esta inclusión, por tanto, venía a garantizar su eficacia jurídica desde el plano constitucional.

En definitiva, con la llamada «Constitución europea» los logros en el ámbito de los derechos fundamentales respecto de la situación precedente venían a ser fundamentalmente los siguientes:

— La Carta de derechos alcanzaba la visibilidad y la fuerza jurídica que le han de ser propias y los derechos eran enunciados en su contenido esencial y protegidos conforme a las técnicas del constitucionalismo. El Tratado constitucional, por la incorporación de la Carta no ampliaba el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión más allá de sus competencias, ni modificaba las competencias ni las misiones

definidas en las demás partes de la Constitución (estando por tanto dirigidas sus disposiciones «a las instituciones, organismos y agencias de la unión, respetando el principio de subsidiariedad, así como a los Estados miembros únicamente cuando apliquen el derecho de la Unión); en consecuencia, los derechos fundamentales no figuraban ni entre las competencias exclusivas, ni entre las competencias compartidas de la Unión, por lo que no se satisfacía uno de los elementos centrales de la técnica del constitucionalismo, cual es la posibilidad de su desarrollo legislativo como tales derechos como competencia específica a partir de la definición o prefiguración constitucional. Por consiguiente, se configuraban más propiamente como principios y límites para la actuación de los poderes públicos comunitarios y de los Estados en la aplicación del Derecho comunitario, respetando a su vez el principio de proporcionalidad, y con garantía en todo caso del respeto a su contenido esencial, operando de manera articulada en un sistema más amplio y multinivel de protección. Pese a ello, puede decirse que se trataba de una auténtica declaración constitucional de derechos, toda vez que quedaban asegurados los principios de legalidad, proporcionalidad y respeto al contenido esencial (arts. 111 y 112).

— Mediante la cláusula transversal del artículo 113 ninguna de las disposiciones de la Carta podrá interpretarse como limitativa o lesiva de de los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos en cada ámbito, internacional o nacional, reforzándose así esta protección de manera congruente con el principio de búsqueda de su mayor efectividad, e impidiendo un nivel menor que el garantizado por las Constituciones de los Estados miembros, lo que disolvería en buena medida la conflictividad existente en esta materia. Vista desde otra perspectiva, esta cláusula se erigía en una barrera infranqueable para que los derechos pudieran sufrir reducciones en su interpretación que pudieran sustentarse en la genericidad de su formulación, para desustancializar determinados derechos. De esta manera, esta cláusula permitía objetivamente el favorecimiento de la interpretación concordante o recíprocamente conforme de los derechos en Europa.

— El principio de igualdad, tanto en su vertiente negativa de no discriminación, como en la positiva de ampliación de las oportunidades en el acceso al goce de los derechos por colectivos históricamente desfavorecidos, adquiría un decidido impulso.

— La ciudadanía europea se veía consolidada y aun reforzada con nuevos derechos.

En definitiva, se consagraba la centralidad de los derechos en la cultura y en la convivencia política de los pueblos de la Unión, elemento sustancial en la definición de una identidad común de los europeos y de Europa como sistema político, compatible precisamente a través de ellos y del principio de neutralidad con la protección de las múltiples identidades originarias que a su vez los definen.

Sin embargo, el Tratado constitucional entró en crisis tras los resultados negativos en los referenda francés y holandés de la primavera de 2005. Hubo que esperar hasta el verano de 2007 para que se conformara un nuevo horizonte político y una nueva agenda de la Unión para salir del impasse y poder seguir avanzando en el proceso de integración europea.

## 5. PERSPECTIVAS ACTUALES

El Consejo Europeo de Bruselas de 21-22 de junio de 2007, acordó convocar una Conferencia Intergubernamental (CIG) e invitó a la Presidencia entrante a redactar un Proyecto de texto de Tratado («Tratado de Reforma») por el que se modificaran los Tratados existentes. Este Proyecto fue publicado ya el 23 de julio de 2007, previéndose que la CIG finalizara sus trabajos durante este mismo año. En esta fase se ha abandonado el concepto constitucional anterior en su dimensión formal, si bien la mayor parte de los contenidos alcanzados en 2004 permanecen. En efecto, el Tratado de Reforma introducirá en los Tratados existentes, que seguirán en vigor, las innovaciones resultantes de la CIG de 2004, con arreglo a una serie de precisiones. Contendrá dos cláusulas sustantivas que modificarán, respectivamente, el Tratado de la Unión Europea (TUE) y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (TCE). El TUE conservará su denominación actual, mientras que el TCE pasará a llamarse Tratado sobre el funcionamiento de la Unión, ya que la Unión tendrá una única personalidad jurídica. La palabra «Comunidad» se sustituirá en todo el texto por la «Unión»; y se estipulará que ambos Tratados constituyen los Tratados sobre los que se funda la Unión y que la Unión sustituye y

sucede a la Comunidad. Este proceso culminócon el Tratado de Lisboa firmado el 13 de diciembre de 2007, cuya entrada en vigor se produjo el 1 de diciembre de 2009.

El artículo relativo a los derechos fundamentales contiene una referencia a la Carta de los Derechos Fundamentales, tal como se aprobó en la CIG de 2004, confiriéndole un carácter jurídico vinculante y estableciendo su ámbito de aplicación, por lo que no se incluye en los Tratados el texto de la Carta. Así, el artículo 6 TUE sobre los derechos fundamentales se sustituye por el siguiente texto:

> «1. La Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de 7 de diciembre de 2000, tal como fue adaptada el 12 de diciembre de 2007, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados.
> »Las disposiciones de la Carta no ampliarán en modo alguno las competencias de la Unión tal como se definen en los Tratados.
> »Los derechos, libertades y principios de la Carta se interpretarán de acuerdo con las disposiciones generales del título VII de la Carta por las que se rige su interpretación y aplicación y teniendo debidamente en cuenta las explicaciones a que se hace referencia en la Carta, que indican las fuentes de dichas disposiciones.
> »2. La Unión se adherirá al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Esta adhesión no modificará las competencias de la Unión que se definen en los Tratados.
> »3. Los derechos fundamentales que garantiza el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros forman parte del Derecho de la Unión como principios generales.»

Se conservan, por consiguiente, todos los elementos formales y materiales relativos a los derechos fundamentales que se incorporaron al Tratado constitucional y se sanciona el carácter jurídico vinculante de la Carta, razones por las que, en buena medida, el análisis antes efectuado para la etapa precedente mantiene su valor. En consecuencia, procede dar cuenta seguidamente y de manera sumaria del contenido de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, de la cuestión de la adhesión de la Unión al CEDH y, finalmente, de los mecanismos de protección de los derechos existentes en el Derecho comunitario.

## 6. EL CONTENIDO DE LA CARTA DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA

La lista de los derechos que son reconocidos y protegidos en la Carta es muy amplia, encontrándose en ella los enunciados básicos de los derechos civiles y de las libertades clásicas, junto con sus más recientes desarrollos, así como los derechos económicos, sociales y culturales igualmente básicos. Los derechos concretos se agrupan bajo los siguientes enunciados: derechos de dignidad, libertades, igualdad, solidaridad, ciudadanía y justicia.

Bajo el enunciado «Dignidad» se reconocen y protegen los siguientes derechos: a la dignidad humana, que es inviolable y será objeto de respeto y protección; a la vida, con prohibición de la pena de muerte; a la integridad física y psíquica de la persona, y en el marco de la medicina y la biología, se respetarán en particular el consentimiento libre e informado de la persona de que se trate, la prohibición de las prácticas eugenésicas y, en particular, las que tienen por finalidad la selección de las personas, la prohibición de que el cuerpo humano o partes del mismo en cuanto tales se conviertan en objeto de lucro, y la prohibición de la clonación reproductora de seres humanos; quedan igualmente prohibidas la tortura y las penas o los tratos inhumanos o degradantes, así como la esclavitud o servidumbre, el trabajo forzado y la trata de seres humanos.

Con el enunciado «Libertades» se reconocen y protegen los derechos: a la libertad y a la seguridad; el derecho al respeto de la vida privada y familiar, del domicilio y de las comunicaciones; el derecho a la protección de los datos de carácter personal, estableciendo la necesidad del consentimiento de la persona u otra razón legítima establecida en la ley para su tratamiento, así como el derecho a acceder al conocimiento de los datos recogidos que le afecten y a obtener su rectificación; los derechos a contraer matrimonio y a fundar una familia según las leyes de cada Estado; la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión y de culto, y el derecho a la objeción de conciencia; la libertad de expresión, que comprende la libertad de opinión y de información, así como la libertad de los medios de comunicación y su pluralismo; las libertades de reunión y de asociación,

que implica el derecho de toda persona a fundar con otros sindicatos y a afiliarse a los mismos para la defensa de sus intereses, así como el reconocimiento de que los partidos políticos a escala de la Unión contribuyen a expresar la voluntad política de los ciudadanos de la Unión; la libertad de las artes y de las ciencias; la libertad de cátedra; el derecho a la educación y al acceso a la formación profesional y permanente, así como la gratuidad de la enseñanza obligatoria, la libertad de creación de centros docentes dentro del respeto a los principios democráticos, así como el derecho de los padres a garantizar la educación y la enseñanza de sus hijos conforme a sus convicciones religiosas, filosóficas y pedagógicas; la libertad profesional, así como el derecho de todo ciudadano de la Unión de buscar un empleo, de trabajar, de establecerse o de prestar servicios en cualquier Estado miembro, y el de los nacionales de terceros países a unas condiciones laborales equivalentes a aquellas que disfrutan los ciudadanos de la Unión; la libertad de empresa; el derecho a la propiedad y a no ser privado de la misma más que por causa de utilidad pública, en los casos y condiciones previstos en la ley, con justa indemnización, y la protección de la propiedad intelectual; el derecho de asilo; y el derecho a la protección en caso de devolución, expulsión y extradición.

Bajo el enunciado de «Igualdad», se reconocen y protegen: la igualdad ante la ley y la no discriminación, en particular la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual, y por causa de nacionalidad; se establece el respeto a la diversidad cultural, religiosa y lingüística; la igualdad entre hombres y mujeres, que será garantizada en todos los ámbitos, pudiéndose establecer medidas que supongan ventajas concretas para el sexo menos representado (las llamadas «medidas de acción positiva»); los derechos del menor a su protección y a los cuidados necesarios para su bienestar y a expresar su opinión libremente, que habrá de ser tenida en cuenta para los asuntos que les afecten, según su edad y madurez, así como a mantener de forma periódica relaciones personales y contactos directos con sus padres, salvo cuando sea contrario a sus intereses, debiéndose garantizar el interés superior del niño en todos los actos de las autoridades públicas o instituciones privadas que les afecten; los

derechos de las personas mayores a llevar una vida digna e independiente y a participar en la vida social y cultural; el derecho de las personas discapacitadas a beneficiarse de medidas que garanticen su autonomía, su integración social y profesional y su participación en la vida de la comunidad.

Con el enunciado de «Solidaridad» se reconocen y protegen los siguientes derechos: a la información y consulta de los trabajadores en la empresa; los derechos de negociación y de acción colectiva de los trabajadores y los empresarios, o sus organizaciones respectivas, incluida la huelga; el derecho al acceso a un servicio gratuito de colocación; el derecho a una protección en caso de despido injustificado; el derecho a trabajar en condiciones que respeten la salud, la seguridad y la dignidad; el derecho a la limitación de la duración máxima del trabajo, a períodos de descanso diarios y semanales, así como a un período de vacaciones anuales retribuidas; se establecen, además, la prohibición del trabajo infantil y la protección de los jóvenes en el trabajo, la protección de la familia, el derecho de toda persona a ser protegida contra cualquier despido por una causa relacionada con la maternidad, así como el derecho a un permiso pagado por maternidad y a un permiso parental con motivo del nacimiento o de la adopción de un niño; el derecho a acceder a las prestaciones de seguridad social y a los servicios sociales y a una ayuda social y de vivienda para garantizar una existencia digna a todos aquellos que no dispongan de recursos suficientes; el derecho a la prevención sanitaria y a beneficiarse de la atención sanitaria, garantizándose un alto nivel de protección de la salud humana; el derecho de acceso a los servicios de interés económico general, con el fin de promover la cohesión social y territorial de la Unión; la protección del medio ambiente y la mejora de su calidad, y la protección de los consumidores.

Bajo el enunciado «Ciudadanía» se reconocen y protegen los derechos que integran el estatus de ciudadano europeo. Son los siguientes: los derechos de circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros; el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones al Parlamento Europeo y en las elecciones municipales del Estado miembro en el que residan, en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado; el derecho de acogerse, en el territorio de un tercer país en el que no esté representado el Estado miembro del que sean nacionales, a la protección de las autoridades diplomáticas y consulares de cualquier Estado

miembro en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado; el derecho de petición ante el Parlamento Europeo; el derecho de dirigirse al Defensor Europeo del Pueblo; el derecho de dirigirse por escrito a las instituciones y organismos consultivos de la Unión en una de las lenguas de la Constitución y de recibir una contestación en esa misma lengua. Se reconocen, además, dos nuevos derechos: el derecho a una buena administración y el derecho de acceso a los documentos.

Bajo el enunciado «Justicia», por último, se reconocen y protegen: el derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial; el derecho a la asistencia jurídica gratuita a quienes no dispongan de recursos; el derecho a la presunción de inocencia y los derechos de la defensa; los principios de legalidad y de proporcionalidad de los delitos y las penas; y el derecho a no ser acusado o condenado penalmente dos veces por el mismo delito.

La importancia de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea no deriva tan sólo de la amplitud y del número de los derechos que reconoce y protege, sino también del hecho de que incluya medidas que están orientadas a conseguir un elevado nivel de protección en toda la Unión. En este sentido es especialmente importante el establecimiento de dos garantías fundamentales: 1) que cualquier limitación de los derechos y libertades sólo podrá hacerse por ley y respetando su contenido esencial; 2) que las limitaciones habrán de ser, además, proporcionadas, y nunca podrán establecerse si no son necesarias o no responden a objetivos de interés general para la Unión o a la necesidad de proteger los derechos y libertades de los demás. También hay que destacar cláusula del original artículo 53 de la Carta (que se incorporó en el Tratado constitucional como artículo II-113) en relación con el nivel de protección de los derechos; este precepto establece: «Ninguna de las disposiciones de la presente Carta podrá interpretarse como limitativa o lesiva de los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos, en su respectivo ámbito de aplicación, por el Derecho de la Unión, el Derecho Internacional y los convenios internacionales de los que son parte la Unión o todos los Estados miembros, y en particular el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, así como por las constituciones de los Estados miembros.» Esta importante cláusula ¿obliga a aplicar el contenido estándar de protección de los derechos que resulte más elevado? o ¿se

sitúa en el plano interpretativo, sin que el estándar comunitario quede desplazado? Esta es una cuestión discutida por los juristas. El TJUE se ha pronunciado por primera vez sobre esta cuestión en la Sentencia Melloni, de 26 de Febrero de 2013, asunto C-399/11, asumiendo con una no muy precisa argumentación la segunda de las indicadas perspectivas. Sostiene así que "el artículo 53 de la Carta confirma que cuando un acto legislativo de la UE llame a la adopción de medidas nacionales de aplicación, queda abierta a las autoridades y a los tribunales nacionales la posibilidad de aplicar normas nacionales de protección de los derechos fundamentales, a condición de que esta aplicación no comprometa el nivel de protección previsto por la Carta, tal como es interpretada por este Tribunal, o la primacía, la unidad y la eficacia del Derecho de la Unión".

## 7. DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA Y CONVENCIÓN EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS

A lo largo del dilatado proceso anteriormente expuesto acerca del progresivo reconocimiento y protección de los derechos fundamentales por el Derecho comunitario europeo, las soluciones posibles a la cuestión de la protección de los derechos que recurrentemente se analizaron por las Instituciones europeas y por los Estados fueron, por un lado, la adopción de un catálogo propio de derechos, adaptado a los objetivos socio-económicos de la Comunidad y, por otro, la adhesión, pese a las complejidades técnico-jurídicas que ello podía comportar, a la CEDH de 1950. Ambas soluciones no eran, ni son, incompatibles ni excluyentes.

Desde el primer punto de vista sería posible mencionar numerosos actos y documentos comunitarios. Así, a título de ejemplo, el Informe de la Comisión de 4 de febrero de 1976 señalaba que las ventajas que supondría la adopción de un catálogo propio de derechos no se obtendrían sino en el marco de una Unión Europea, concluyendo que «la inserción expresa de los derechos fundamentales en una futura constitución europea es deseable, por no decir indispensable». El Proyecto de Tratado sobre la Unión Europea (Proyecto Spinelli), adoptado por Resolución del Parlamento Europeo de 14 de febrero de 1984, dedicaba su artículo 4 a los derechos fundamentales y remitía al desarrollo, en un plazo de cinco años,

de su propia declaración de derechos fundamentales. El Parlamento Europeo, por Resolución de 12 de abril de 1989, aprobó la Declaración de Derechos y Libertades Fundamentales, que serviría de base posteriormente para la redacción del Título VII de la Resolución del Parlamento Europeo de 1994 referente al proyecto de Constitución de la Unión Europea y que inspiraría también en algunos de sus aspectos la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Desde el segundo punto de vista, la Resolución del Parlamento Europeo de 12 de octubre de 1976 sobre protección de derechos fundamentales subrayaba también que la adhesión de las Comunidades al Convenio de Roma demostraría a la opinión pública de los Estados miembros de las Comunidades la determinación de las instituciones de reforzar el papel de la Comunidad como una comunidad fundada en el gobierno de la ley; adhesión que consolidaría también los principios de la democracia parlamentaria. El Memorándum de la Comisión de 4 de abril de 1979 referente a la adhesión de las Comunidades al Convenio Europeo de Derechos Humanos realizaba un análisis detallado de los aspectos técnicos e institucionales de una posible adhesión y, como consecuencia de las conclusiones de este memorándum, el Parlamento Europeo aprobó la Resolución de 27 de abril de 1979, en la que se pide la adhesión de las Comunidades al Convenio Europeo, así como la creación de una comisión de expertos para la elaboración de una carta europea de derechos civiles. También el Proyecto Spinelli preveía que en un plazo de cinco años, la Unión deliberaría sobre su adhesión al Convenio, entre otros instrumentos internacionales.

Esta posibilidad de adhesión, en definitiva, estuvo planteándose como una solución hasta que el propio TJCE estableció, en el Dictamen 2/94, de 28 de marzo de 1996, que, «en el estado actual del Derecho comunitario, la Comunidad no tiene competencia para adherirse» a la CEDH. El TJCE constata, en efecto, que el artículo 308 (antiguo 235) del Tratado CE no constituye una base suficiente de habilitación. La adhesión al CEDH equivaldría a una modificación sustancial del Tratado, porque conllevaría una modificación esencial del actual sistema comunitario de protección de los derechos humanos, toda vez que, aun cuando el respeto por los derechos humanos constituye un requisito para la legalidad de los actos comunitarios, la adhesión implicaría vincular a la Comunidad a un sistema jurídico-internacional

distinto y la incorporación de todas las disposiciones del CEDH en el ordenamiento jurídico comunitario (apdo. 34). De esta manera, la conclusión del TJCE era que «una modificación semejante del régimen de protección de los derechos fundamentales en la Comunidad, cuyas implicaciones institucionales serían asimismo fundamentales tanto para la Comunidad como para los Estados miembros, tendría una envergadura constitucional [...]. Dicha modificación únicamente puede realizarse a través de una modificación del Tratado» (apdo. 35).

Así las cosas, hay que esperar al Tratado por el que se establecía una Constitución para la Unión Europea (2004) para encontrar una decisión sobre este aspecto. Concretamente, el artículo I-9 reconocía los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales que constituía la Parte II de la Constitución, y establecía que la Unión se adherirá al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, si bien dicha adhesión «no modificará las competencias de la Unión que se definen en la Constitución». Por otra parte, ha de tomarse inconsideración que la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea contempla desde el punto de vista sustantivo, que en la medida en que la presente Carta contenga derechos que correspondan a derechos garantizados por el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, su sentido y alcance serán iguales a los que les confiere dicho Convenio, sin que esta disposición obste a que el Derecho de la Unión conceda una protección más extensa.

La decisión sobre la adhesión es precisamente la que, combinada con el otorgamiento de valor jurídico a la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión, se mantiene en la actualidad introduciendo en el artículo 6 del TUE un apartado en el que se establece que «La Unión se adherirá al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Esta adhesión no modificará las competencias de la Unión que se definen en los Tratados». Por su parte, en el ámbito del Consejo de Europa también se han adoptado previsiones en relación con esta adhesión. En efecto, el Protocolo número 14 a la CEDH, de 13 de mayo de 2004, que entró en vigor el 1 de junio de 2010,

prevé expresamente que la Unión Europea podrá adherirse a la Convención (art. 17, que modifica el art. 59 de la CEDH).

De esta manera, se consolidaría una solución de alcance constitucional que haría posible en materia de derechos un control externo de los actos de las instituciones de la Unión y de los Estados miembros en la aplicación del Derecho de la Unión Europea, contribuyendo de manera decisiva a la coordinación y cooperación entre las jurisdicciones de los tres niveles de protección, interno, de la Unión e internacional europeo, lo cual redundaría en la evitación de incongruencias y disparidades en la doctrina entre jurisdicciones y potenciaría al extremo las posibilidades de desarrollo de un Derecho constitucional común europeo en materia de derechos fundamentales.

## 8. LAS VÍAS DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

Finalmente, realizaremos unas sucintas consideraciones acerca de las garantías de los derechos fundamentales en el Derecho de la Unión Europea, teniendo presente que al hilo de la exposición anterior ya se han hecho algunas referencias a esta materia. En este sentido, como recapitulación, recordemos que los derechos fundamentales han de ser observados y respetados por las instituciones de la Unión y también por los Estados en la medida en que actúen en ejecución o desarrollo del Derecho de la Unión Europea. De este modo, por consiguiente, se configuran como fuentes del derecho comunitario, cuya vulneración puede ser sancionada por el TJUE a través de los mecanismos jurisdiccionales ordinariamente previstos en los Tratados. Repárese en que éstos no contemplan ninguna vía directa específicamente dedicada a esta concreta protección. El Tribunal, de esta manera, puede garantizar los derechos contrastando la validez y eficacia del derecho derivado y los actos de ejecución con esta fuente originaria propia que vienen a ser los derechos fundamentales como principios generales, en el ámbito de los diversos procedimientos en los que conoce de los asuntos que sean residenciados ante él: el recurso de anulación; la excepción de ilegalidad y la

cuestión prejudicial; es decir, la protección de los derechos se lleva a cabo de un modo indirecto mediante estos procedimientos.

Mediante el recurso de anulación el TJUE controla la legalidad de los actos y decisiones de las instituciones europeas que produzcan efectos jurídicos frente a terceros, a instancias de un Estado miembro, el Parlamento Europeo, el Consejo, la Comisión, el Tribunal de cuentas y el BCE (en determinados supuestos), así como cualquier persona física o jurídica destinataria o afectada directa e individualmente por una decisión, aunque revista la forma de un reglamento o de una decisión dirigida a otra persona. Este recurso debe interponerse en el plazo de dos meses desde la publicación del acto o, en su caso, de su notificación al recurrente y, a falta de ello, desde que hubiere tenido conocimiento del mismo. El efecto que produce la estimación del recurso es la nulidad del acto en cuestión. En relación con los reglamentos, el Tribunal podrá señalar, si lo estima necesario, los efectos producidos del reglamento declarado nulo que deban ser considerados definitivos.

Mediante la excepción de ilegalidad los particulares que hubieran interpuesto un litigio en el que se cuestione un acto de aplicación de un reglamento pueden instar el control incidental del Tribunal por conculcación del Derecho originario al alegar la violación de un derecho fundamental.

La cuestión prejudicial hace posible que los órganos jurisdiccionales de los Estados puedan pedir al TJUE que se pronuncie sobre la interpretación del Tratado o sobre la validez e interpretación de los actos adoptados por las instituciones de la Unión Europea que hubieren de aplicar, si consideran que la decisión del Tribunal es necesaria para poder emitir su fallo. En ese caso, el asunto concreto del que están conociendo queda en suspenso hasta que el TJUE dicte la correspondiente sentencia.

Estos recursos están delimitados a la medida en que el Tribunal de Justicia sea competente con arreglo a los Tratados. Esto significa que la protección de los derechos fundamentales no permitiría al Tribunal asumir el control de aquellos actos que hayan sido excluidos de su ámbito de competencias, especialmente en materia de política exterior y de seguridad común.

Recapitulando puede sostenerse, por consiguiente, que al ser en la práctica muy reducida la legitimación activa de los particulares en el control de nulidad, su protección se articula básicamente a través de la jurisdicción estatal y el planteamiento de la cuestión prejudicial.

Como aspectos no jurisdiccionales incidentes en la defensa o en la promoción de los derechos, cabe mencionar finalmente otros órganos u organismos de la Unión. Por un lado, el Defensor del Pueblo Europeo investiga (normalmente sobre la base de reclamaciones, pero también de oficio) casos de mala administración. Hay mala administración cuando una institución no actúa de acuerdo con la ley, no respeta los principios de buena administración, o viola los derechos humanos. Pueden acudir al DPE los ciudadanos de la Unión y los residentes en cualquiera de los Estados miembros, así como las empresas, asociaciones u otras entidades que tengan un domicilio social en el territorio de la Unión. Solamente el Tribunal de Justicia cuando actúa en el ejercicio de su función jurisdiccional, no está sometido a la jurisdicción del Defensor del Pueblo.

Por otra parte el Reglamento (CE) n.º 168/2007 del Consejo, de 15 de febrero de 2007, crea una Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, con sede en Viena y en funcionamiento desde el 1 de marzo de 2007, que sucede al anterior Observatorio Europeo del Racismo y la Xenofobia. Su objetivo consiste en proporcionar a las instituciones de la Unión Europea y a los Estados miembros, cuando apliquen Derecho de la Unión Europea, ayuda y asesoramiento en materia de derechos fundamentales. A tal fin, es cometido de la Agencia realizar un seguimiento de la situación de los derechos fundamentales en los ámbitos competenciales de la UE, así como en los Estados miembros cuando apliquen Derecho de la Unión Europea. La Agencia coordina su acción y establece una red de cooperación con la sociedad civil (la «Plataforma de los derechos fundamentales») compuesta por diferentes agentes activos en el ámbito de los -derechos fundamentales, incluida la lucha contra el racismo y la xenofobia, a escala nacional, europea o internacional, que constituye un mecanismo de intercambio de información y de puesta en común de los conocimientos en la materia, garantizando la cooperación. También mantiene relaciones institucionales orientadas a la cooperación, en particular con el Consejo de Europa, la Organización para la

Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE), especialmente la Oficina de Instituciones Democráticas y Derechos Humanos (OIDDH), las Naciones Unidas y otras organizaciones internacionales, las agencias de la Comunidad competentes, las organizaciones gubernamentales y los or-ganismos públicos, incluidas las instituciones nacionales de defensa de los derechos -humanos. La Agencia consta orgánicamente de un Consejo de Administración, un Consejo Ejecutivo, un Comité Científico y un Director.

# DIGNIDADE DA VÍTIMA NOS CRIMES PRATICADOS COM VIOLÊNCIA NO ÂMBITO DOMÉSTICO

**Ana Carolina Figueiró Longo**[205]

## INTRODUÇÃO

O Tribunal de Justiça da União Europeia apreciou questão prejudicial provocada pela Justiça espanhola acerca dos efeitos que a pena de um condenado pela prática de violência doméstica podem ter sobre a vítima, e, por consequência analisou o conteúdo do direito de a opinião da vítima ser observada no momento de aplicação da pena.

O argumento central das conclusões da Advogada-Geral Juliane Kokott, apresentadas em 12 de Maio de 2011, nos processos apensados C-483/09 e C-1/10, era que ao Estado cabia a proteção da dignidade da vítima, dentro de sua esfera de intimidade familiar e, portanto, deveria considerar sua opinião para a aplicação da pena de limitação de aproximação.

No caso concreto em questão, o companheiro da vítima fora condenado à pena acessória de manter-se afastado por, pelo menos, 1km da vítima pelo período de 17 meses. Entretanto, logo após a condenação, por decisão da própria vítima, voltaram a viver maritalmente.

A questão levada ao Tribunal Constitucional da União Europeia, pois, resume-se na análise dos pedidos de decisão prejudicial, que consiste em saber se a

Decisão-quadro 2001/220/JAI do Conselho da União Europeia, de 15 de Março de 2001, relativa ao estatuto da vítima em processo penal se opõe a uma regulamentação nacional de acordo com a qual, nos casos de violência doméstica, é proibido ao autor do crime, de forma absoluta e imperativa, como pena acessória, o

---

[205] Analista Processual do MPF, Assessora Acadêmica da Diretoria do IDP e mestranda em Constituição e Sociedade no IDP.

contato com a vítima, mesmo nos casos em que a vítima pretenda retomar contato com o autor (Conselho da União Europeia, 2001)

Esta análise feita pelo Tribunal de Justiça da União Europeia pode se comparar, por seus fundamentos principais, com o conteúdo decisório contido no acórdão do Plenário do Supremo Tribunal Federal, na ADI 4424/DF, rel. Min. Marco Aurélio, julgada em 09.02.2012. Nesta ocasião se analisou a natureza da persecução penal nos casos de crimes de lesão corporal leve, praticados no âmbito doméstico, em que a ação penal tem natureza pública incondicionada e já não mais se autoriza a retratação da vítima.

Em ambas as situações analisadas se considerou o conteúdo da manifestação da vítima, em especial as circunstâncias em que já não mais lhe interessa a imposição de pena ao autor do ilícito penal, porque já o perdoara e voltaram a viver maritalmente.

Além disso, as duas decisões tiveram por fundamento principal a exigência de que o Estado se responsabilize pela dignidade da vítima, em especial no âmbito de suas relações domésticas.

A análise feita pelas duas Cortes é o que se analisa neste artigo.

## 1 DO CONTEÚDO DA DIGNIDADE HUMANA

O conteúdo da dignidade humana, por si só, é uma expressão de conteúdo abrangente e de grande dificuldade de ser definida de pronto (AZEVEDO 2002), especialmente porque vinculada a critérios culturais, temporais, religiosos, estruturais, geográficos e institucionais que inviabilizam uma definição que seja universal sem ser excessivamente ampla e, por isso, inaplicável.

Afasta-se, neste texto, portanto, a compreensão do conceito de dignidade humana formulado, inicialmente por Kant, para quem "quando uma coisa tem preço, pode ser substituída por algo equivalente; por outro lado, acoisa que se acha acima de todo preço, e por isso não admite qualquer equivalência, compreende uma dignidade." (2004 ,65).

Parte-se do pressuposto das teorias de Schopenhauer, Hegel, Lévi-Strauss e Skinner dentre outros, que entendiam o conceito de dignidade vazio, dada sua imprecisão conceitual. Circunstância que levou Theodor Heuss a concluir que a dignidade humana é “tese não interpretada.” (SARLET 2009). Neste texto, tem-se, portanto, que o conteúdo da dignidade é um valor/princípio construído ao longo da história e das sociedades e se afasta de uma caracterização voltada para um valor intrínseco ao ser humano, como um direito natural e universal.

Ainda que divergente o seu conteúdo, há que se ter em vista que o princípio da dignidade humana está positivado em diversos textos normativos, como no art. 1º, III, da Constituição Brasileira, no art. 1º da Constituição Portuguesa, no art. 10 da Constituição Espanhola, que estatui que “*La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social*” (ESPANHA 1978, art. 10)

Em seu aspecto internacional, o princípio da dignidade humana consta da Carta das Nações Unidas/1945, Declaração Universal dos Direitos Humanos/1948, Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos/1966, Estatuto da UNESCO/45, Convenção das Nações Unidas sobre Tortura/1984, Convenção sobre o Direito das Crianças/1989, bem como no preâmbulo e art. 1º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia:

Os povos da Europa, estabelecendo entre si uma união cada vez mais estreita, decidiram partilhar um futuro de paz, assente em valores comuns.

Consciente do seu patrimônio espiritual e moral, a União baseia-se nos valores indivisíveis e universais da dignidade do ser humano, da liberdade, da igualdade e da solidariedade; assenta nos princípios da democracia e do Estado de direito. Ao instituir a cidadania da União e ao criar um espaço de liberdade, segurança e justiça, coloca o ser humano no cerne da sua ação.

A União contribui para a preservação e o desenvolvimento destes valores comuns, no respeito pela diversidade das culturas e tradições dos povos da Europa, bem como da identidade nacional dos Estados-Membros e da organização dos seus poderes públicos aos níveis nacional, regional e local; procura promover um

desenvolvimento equilibrado e duradouroe assegura a livre circulação das pessoas, dos serviços, dos bens e dos capitais, bem como a liberdade de estabelecimento.

Para o efeito, é necessário, conferindo-lhes maior visibilidade por meio de uma Carta, reforçar a proteção dos direitos fundamentais, à luz da evolução da sociedade, do progresso social e da evolução científica e tecnológica.

A presente Carta reafirma, no respeito pelas atribuições e competências da União e na observância do princípio da subsidiariedade, os direitos que decorrem, nomeadamente, das tradições constitucionais e das obrigações internacionais comuns aos Estados-Membros, da Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, das Cartas Sociais aprovadas pela União e pelo Conselho da Europa, bem como da jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia e do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. Neste contexto, a Carta será interpretada pelos órgãos jurisdicionais da União e dos Estados-Membros tendo na devida conta as anotações elaboradas sob a autoridade do Praesidium da Convenção que redigiu a Carta e atualizados sob a responsabilidade do Praesidium da Convenção Europeia.

O gozo destes direitos implica responsabilidades e deveres, tanto para com as outras pessoas individualmente consideradas, como para com a comunidade humana e as gerações futuras.

Assim sendo, a União reconhece os direitos, liberdades e princípios a seguir enunciados.

Art. 1º A dignidade do ser humano é inviolável. Deve ser respeitada e protegida. (Europeia 2000, art. 1º)

Ainda que de conteúdo vago e impreciso, a positivação da proteção à dignidade humana em inúmeros documentos legislativos, revela um caráter simbólico e principiológico, determinando aos Estados que assegurem esta dimensão prospectiva da dignidade, apontando para a configuração de um futuro compatível com a dignidade da pessoa (HÄBERLE 2005).

Verifica-se, nas palavras de Paulo Branco, que

> O avanço que o direito constitucional apresenta hoje é resultado, em boa medida, da afirmação dos direitos fundamentais como núcleo de proteção da dignidade da pessoa e da visão que a Constituição é o

> local adequado para positivar as normas asseguradoras dessas pretensões. Correm paralelos no tempo o reconhecimento da Constituição como norma suprema do ordenamento jurídico e a percepção de que os valores mais caros da existência humana merecem ser resguardados em documento jurídico com força vinculativa máxima, indene às maiorias ocasionais formadas na efervescência de momentos adversos ao respeito devido ao homem (BRANCO e MENDES 2012, 93)

Do conteúdo simbólico da positivação do princípio da dignidade, colhe-se a perspectiva de que, Estado, sociedade e comunidade internacional precisam cooperar para dar completude ao conteúdo da dignidade. A positivação não impõe o respeito imediato e integral à dignidade, mas revela a necessidade de que todos se empenhem para sua observância (ROCHA 2012).

A concretização do programa normativo do princípio da dignidade da pessoa humana incumbe a todos os órgãos estatais e a toda a comunidade. Incluindo as atividades concretizadoras legislativas e administrativas, mas também a atividade concretizadora jurisdicional, tanto no campo dos direitos, de defesa como dos prestacionais, necessários à existência minimamente digna. A violação ao núcleo essencial dos direitos fundamentais corresponde, portanto, à violação ao conteúdo em dignidade da pessoa, sujeita à reparação jurisdicional. (A. M. SILVA 2005, 200)

Até porque há que se admitir que os direitos fundamentais, ainda que de diferentes conteúdos e intensidades, refletem a dignidade daquela pessoa a quem se defere e protege direitos de natureza fundamental. Daí porque "cada direito fundamental se faz presente um conteúdo ou, pelo menos, alguma projeção da dignidade da pessoa" (SARLET 2009, 93).

Esta perspectiva se mostra mais presente na segunda fase da positivação dos direitos fundamentais, quando se sai do constitucionalismo liberal para o constitucionalismo social. Nesta fase, os direitos deixam de ser uma proteção do indivíduo contra o Estado, para uma perspectiva em relação ao Estado para que forneça elementos para que todos vivam em situação de igualdade e dignidade (BARROSO 2011).

Com efeito, "surge uma nova dimensão dos direitos fundamentais a ser tutelada, relacionada à essência do ser humano, sua razão de existir, ao destino da

humanidade, considerando o ser humano enquanto gênero, e não apenas como indivíduo" (COCURUTTO 2008, 32). E, sob o aspecto social, não se pode "reduzir o sentido da dignidade humana à defesa dos direitos pessoais tradicionais, esquecendo-a nos casos de direitos sociais, ou invocá-la para construir a teoria do núcleo da personalidade individual" (J. A. SILVA 2010, 40).

Em especial porque a proteção ao princípio da dignidade humana limita a atuação do Estado, "objetivando impedir que o poder público venha a violar adignidade pessoal, mas também implica (...) que o Estado deverá ter como meta permanente, proteção, promoção e realização concreta de uma vida com dignidade para todos (SARLET 2009, 120).

Esta circunstância reforça o conteúdo de dignidade que se pretende adotar neste texto, segundo o qual as normas contidas na Constituição, ou no Tratado de Lisboa, não podem ser consideradas como fins em si mesmo, mas uma condição de flexibilidade, imprescindível "ao contínuo desenvolvimento e permite que o seu conteúdo subsista aberto dentro do tempo" (BRANCO e MENDES 2012, 1092).

As normas de natureza constitucional, portanto, estão em um processo de contínuo desenvolvimento, para que possam se adequar à realidade da sociedade em que estão positivadas. Daí compreender-se que o princípio da dignidade humana, que representa um elemento de hermenêutica para a compreensão do texto como um todo, além de uma meta a ser perseguida pelas políticas estabelecidas pelo Estado constituído, é um princípio que se completa ao longo de sua interpretação histórica e adequada à realidade sob análise. Além disso, a dignidade é conteúdo indissociável e elementar, em qualquer ordenamento jurídico, da democracia (PASQUALINI 1999).

Tem-se, então, ao menos para os fins deste trabalho, que a dignidade é um conceito construído histórica e socialmente, mas que tem a pretensão de justificar ações Estatais que viabilizem boas condições de vida para todas as pessoas.

## 2 DA ESTRUTURA DO REENVIO PREJUDICIAL JUNTO AO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA E O LIMITE DE APLICAÇÃO DE SUAS DECISÕES

O constitucionalismo europeu busca a integração d os ordenamentos jurídicos dos países membros, sem, contudo caracterizar-se como uma confederação de Estados, ou uma federação.

A figura do Tribunal de Justiça é de grande importância para a preservação do conteúdo dos tratados firmados na União Europeia, bem como para assegurar esta integração entre os países membros. A Corte "*asegura el respeto del derecho en la interpretación y en la aplicación de los tratados*" (União Europeia, p. art. 19.1), mas não se restringe a esta função, e também serve como instrumento para a difusão do direito europeu, e principalmente para exercer um diálogo com os juízes nacionais, por meio da questão prejudicial, para a uniformização dos entendimentos acerca da interpretação dos tratados.

Este foi um dos mecanismos importantes para a consolidação de um ordenamento europeu e para assegurar uma integridade de pensamento político/jurídico, para comunidades de natureza tão distintas e em momentos econômicos diferentes.

Com efeito, a partir do momento que os juízes, mesmo os de primeira instância, tem alguma dúvida acerca da melhor interpretação a ser dada a uma norma europeia e, portanto, de tratados e normativas supranacionais, suscita um reenvio prejudicial (União Europeia)

O mecanismo tem por função assegurar que não haja interpretação diferente dos tratados, nos julgados dos diferentes países, considerando, em especial, o princípio da primazia da legislação europeia sobre a norma local:

El juez del reenvío, "en base al principio de la primacía del derecho comunitario", en el caso de "conflicto entre una disposición normativa nacional y una disposición del Tratado directamente aplicable", debe resolverlo "a través la aplicación del derecho comunitario, absteniéndose de aplicar, si es necesario, la disposición nacional contraria, y no declarando la nulidad de la disposición nacional,

puesto que la competencia respecto de los órganos y de los jueces está reservada a cada Estado miembro". (Mangiameli, 2011)

Vale ressaltar, o Tratado de Lisboa nas alterações que provocou no Tratado da União Europeia, firmou a garantia de respeito aos direitos fundamentais de todos os cidadãos:

> A União funda-se nos valores do respeito pela dignidade humana, da liberdade, da democracia, da igualdade, do Estado de direito e do respeito pelos direitos do Homem, incluindo os direitos das pessoas pertencentes a minorias. Estes valores são comuns aos Estados-Membros, numa sociedade caracterizada pelo pluralismo, a não discriminação, a tolerância, a justiça, a solidariedade e a igualdade entre homens e mulheres (Tratado da União Europeia Consolidado )

Sob esta perspectiva, pois, há que se sobressair os direitos fundamentais consagrados na Carta Europeia de Direitos Humanos, incorporada aos atos normativos europeus, também pelo Tratado de Lisboa, de modo que a todos os cidadãos sejam assegurados direitos de idêntico conteúdo e profundidade.

Na análise da melhor interpretação dos tratados europeus, quando instigados pelos magistrados locais em processo de reenvio prejudicial, cabe ao Tribunal Europeu assegurar a primazia do direito comunitário, em detrimento do direito local, em especial para que o núcleo essencial dos direitos fundamentais seja garantido em toda a Europa, sem qualquer discriminação. (GAMBINO, 2010)

# 3 ÂMBITO DE COMPREENSÃO DAS DECISÕES SOB ANÁLISE E SEUS RESULTADOS MATERIAIS

## 4.1 Da decisão do Superior Tribunal de Justiça da União Europeia

As duas decisões em análise, a primeira do Superior Tribunal de Justiça da União Europeia e a segunda, do Plenário do Supremo Tribunal Federal Brasileiro buscaram assegurar a dignidade da vítima de violência doméstica.

No caso analisado pela Corte Europeia, a discussão centrava-se no descumprimento da pena acessória imposta ao réu de manter-se afastado da vítima, no mínimo, 1 km. Entretanto, a própria vítima autorizou o regresso de seu agressor para a casa da família, e já não desejava estar apartada, voltando a viver maritalmente com ele.

O órgão de reenvio, ao submeter a questão à Corte Europeia, afirma que o direito espanhol considera a violência doméstica um dos flagelos da sociedade e que exigia uma atuação intensa do Estado em sua repressão. Desta forma, a legislação penal prevê como pena acessória obrigatória a fixação de prazo e distância mínima para que o agressor se mantenha afastado da vítima.

A pena deve ser aplicada a todas as hipóteses de violência doméstica, sem que se confira margem de discricionariedade ao magistrado, no momento de analisar o caso concreto. Além disso, tipifica-se a conduta de descumprir a decisão judicial, do que decorre que a aproximação do autor da vítima configura novo ilícito penal. E, dentro do procedimento de violência doméstica, há vedação absoluta de mediação entre autor e vítima.

Entretanto, poucos dias após a condenação, o autor voltou a viver com a vítima e, em razão do descumprimento da pena acessória, foi novamente preso. Quando chamada a falar em juízo, a vítima afirmou que retomou voluntariamente a relação com o autor, sem qualquer pressão, nem mesmo de ordem econômica e que tudo andava bem até a detenção de seu companheiro.

A questão foi levada ao Superior Tribunal de Justiça da União Europeia porque o art. 2.°, n.° 1, da Decisão-Quadro 2001/220, prevê que:

> Cada Estado-Membro assegura às vítimas um papel real e adequado na sua ordem jurídica penal.
> Cada Estado-Membro continua a envidar esforços no sentido de assegurar que, durante o processo, as vítimas sejam tratadas com respeito pela sua dignidade pessoal e reconhece os direitos e interesses legítimos da vítima, em especial no âmbito do processo penal.
> A dúvida que se suscitou foi o valor a ser dado à opinião da vítima para a penalização pelo descumprimento da pena acessória de manter o afastamento da vítima, nos casos de violência doméstica e se este seria um caso de atipicidade.
> A Corte europeia concluiu que a interpretação da Decisão-Quadro que melhor se adéqua aos princípios regedores da União europeia é aquela em que, na circunstância em que a vítima e o autor mantém uma relação pessoal e estreita, e a pena de proibição de aproximação trará consequências diretas e maléficas para sua vida pessoal, é possível ouvir a vítima sobre a condenação a uma medida de afastamento. Implica dizer, abre-se uma margem de discricionariedade para que os magistrados possam levar em consideração a palavra da vítima no momento de imposição da pena,

> dentro dos limites do direito interno, sem que, contudo, esta opinião vincule a decisão.
> A decisão da Corte europeia levou em consideração a necessidade de as normas internas de cada país proteger os direitos da vítima, em especial o de ser tratada com respeito e dignidade, de sorte a informar e ser informada, de compreender e ser compreendida, de ser protegida nas diversas fases do processo. A vítima não pode ser considerada exclusivamente como um objetodo processo, mas alguém que sofreu uma violência e cujos interesses também devem ser buscadas no processo penal.

Assim, a solução a ser dada à persecução penal não pode impor à vítima uma segunda condenação. Fato que ocorreu na hipótese suscitada, em que a vítima, após a violência, decidiu prosseguir com sua vida e a relação conjugal com seu agressor e sua posterior prisão pelo crime de descumprimento de sentença lhe impôs, também a condenação de ser privada de seu companheiro.

Daí a observação da Corte de que a regra constante da Decisão-Quadro deve ser interpretada de modo a assegurar à vítima todos os seus direitos no âmbito do processo. Tem, pois, natureza instrumental, não material. Deve ser aplicada para garantir a dignidade da vítima.

### 4.2 Da decisão do Supremo Tribunal Federal brasileiro

No Brasil, a hipótese de consideração da opinião da vítima na persecução penal por crime de violência no âmbito doméstico, foi estudada em tese, por meio da provocação do Supremo Tribunal Federal na ADC 19, e ADI 4424, ambas ações sob a relatoria do ministro Marco Aurélio, julgadas em fevereiro de 2012.

Questionou-se, à ocasião, se os arts. 1º, 33 e 41 da Lei 11.340/2006 (Lei Maria da Penha) eram constitucionais. Eis os textos normativos:

Art. 1o Esta Lei cria mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8o do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Violência contra a Mulher, da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher e de outros tratados internacionais ratificados pela República Federativa do Brasil; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e

Familiar contra a Mulher; e estabelece medidas de assistência e proteção às mulheres em situação de violência doméstica e familiar.

> Art. 33. Enquanto não estruturados os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, as varas criminais acumularão as competências cível e criminal para conhecer e julgar as causas decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, observadas as previsões do Título IV desta Lei, subsidiada pela legislação processual pertinente.
> Parágrafo único. Será garantido o direito de preferência, nas varas criminais, para o processo e o julgamento das causas referidas no caput.
> Art. 41. Aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, não se aplica a Lei no 9.099, de 26 de setembro de 1995. (Brasil 1995)

Em especial, para este estudo, analisaremos as razões de decidir que consideraram constitucional o texto do citado art. 41, que veda a aplicação da Lei 9.099/95 em casos de violência doméstica.

Isso porque, a Lei dos Juizados Especiais estabelece que a persecução do crime de lesão corporal leve é de ação penal pública condicionada à representação da vítima (Brasil 1995, art. 88) Para o relator, o dispositivo analisado busca dar efetividade ao conteúdo do art. 226, § 3º da Constituição, que determina que “o Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações” (BRASIL 1988). Neste caso, pois, a regra busca proteger a dignidade da mulher como a célula básica da unidade familiar.

Com efeito, a decisão está fundamentada no princípio de proibição de proteção insuficiente dos direitos fundamentais, e que a Lei Maria da Penha se presta a assegurar às mulheres agredidas o acesso efetivo e à reparação. À luz dos direitos fundamentais, em especial ao princípio da isonomia, cuida-se de um microssistema próprio, “a fim de conferir tratamento distinto e proteção especial a outros sujeitos de direito em situação de hipossuficiência, como o Estatuto do Idoso e o da Criança e do Adolescente – ECA” (Supremo Tribunal Federal s.d., inf. 654)

O Plenário do STF, então, afirmou que ação penal, no caso de lesão corporal leve, praticada com violência doméstica ou familiar, tem natureza de ação penal pública incondicionada. Sob o argumento de que é fundamento do Estado

brasileiro a proteção da dignidade da pessoa humana, caberia ao Estado propiciar mecanismos capazes de inibir a violência doméstica, sem que a atuação estatal ficasse condicionada à vontade da vítima.

A decisão brasileira levou em consideração os dados estatísticos que asseguram que a grande maioria dos casos de lesão corporal leve, no ambiente doméstico, jamais são levadas à autoridade pública para que se inicie a persecução penal. E, neste caso, a violência, que é contínua, decorre da dinâmica da vida privada, e torna o ilícito penal invisível para a sociedade.

Depois, como cabe ao Estado zelar pela dignidade de seus cidadãos, bem como assegurar a assistência à família e coibir a violência doméstica, não seria "razoável ou proporcional deixar a atuação estatal a critério da vítima" (Supremo Tribunal Federal s.d., Inf. 654) e prossegue:

> Dessumiu-se que deixar a mulher — autora da representação — decidir sobre o início da persecução penal significaria desconsiderar a assimetria de poder decorrente de relações histórico-culturais, bem como outros fatores, tudo a contribuir para a diminuição de sua proteção e a prorrogar o quadro de violência, discriminação e ofensa à dignidade humana. Implicaria relevar os graves impactos emocionais impostos à vítima, impedindo-a de romper com o estado de submissão. (Supremo Tribunal Federal s.d., Inf. 654)

Neste caso, como na hipótese analisada pelo Superior Tribunal de Justiça europeu, a vontade da vítima foi considerada como um elemento importante na formação da decisão final do Poder Judiciário.

No caso brasileiro, entendeu-se que a forma de dar maior abrangência à dignidade da mulher, vítima de violência doméstica, seria assegurar, em todas as hipóteses, que houvesse investigação e ação penal para verificar a ocorrência do ilícito, independentemente da vontade da vítima.

Já na decisão da Corte europeia, a dignidade da mulher seria assegurada em maior amplitude se sua opinião fosse considerada no momento da fixação da pena. Isso porque, há circunstância em que a vítima e o autor mantém uma relação pessoal e estreita, e a pena poderá trazer consequências mais gravosas para a vítima do que para o próprio autor. Daí a necessidade de se analisar cada caso submetido ao magistrado, e, levar em consideração aquilo que a vítima entende como melhor para sua vida privada.

## CONCLUSÕES

Não há, nestes julgados, uma conclusão certa, ou errada, da extensão do princípio da dignidade. Em ambos os casos, se pretendeu assegurar o núcleo essencial da dignidade da vítima de violência doméstica, compatibilizada com a obrigatoriedade de o Estado proteger a família e a harmonia de suas relações.

É possível observar, pois, que o princípio da dignidade, em que pese haver sido utilizado como fundamento central das decisões, não foi o único conteúdo jurídico a justificar as sentenças. O princípio foi complementado por outras normas de igual ou inferior hierarquia, como, por exemplo, a obrigatoriedade de o Estado zelar pela harmonia familiar e impedir a prática de violência no ambiente doméstico.

Além disso, as duas decisões se preocuparam em completar o sentido do conceito de dignidade a ser usado, se valendo de dados sociais, estatísticos e concretos para afirmar que existia, ou não, a dignidade das mulheres.

A Corte europeia compreendeu a dignidade da vítima, como o seu direito de optar por voltar à convivência familiar, ainda que depois de agredida por seu companheiro, e o respeito a esta decisão e sua vida privada representaria dar-lhe maior dignidade.

Já a Corte Constitucional brasileira partiu do pressuposto de que o Estado é garantidor da integridade das pessoas e, portanto, tem o dever de assegurar que viverão com dignidade. Para tanto, é necessária a intervenção da autoridade pública para dar continuidade à persecução dos crimes cometidos no ambiente doméstico, para evitar a impunidade e a submissão das mulheres a condições de vida indignas.

## REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. “Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana.” *Revista USP* 53 (mar/mai 2002).

BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, e Gilmar Ferreira MENDES. *Curso de Direito Constitucional.* São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. “Constituição da República Federativa do Brasil.” 1988.

Brasil. “Lei 9.099.” 1995.

COCURUTTO, Aílton. Os Princípios da Dignidade da Pessoa Humana e da Inclusão Social. São Paulo: Malheiros, 2008.

Conselho da União Europeia. (2001). Decisão-quadro 2001/220/JAI do .

ESPANHA. “Constituição Espanhola.” 1978.

Europeia, União. “Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.” 2000.

GAMBINO, S. (janeiro-junho de 2010). Jurisdicción y justicia entre Tratado de Lisboa, Convenio Europeo de Derechos. *REVISTA DE DERECHO CONSTITUCIONAL EUROPEO* .

HÄBERLE, Peter. “A Dignidade Humana como Fundamento da Comunidade Estatal.” In: *In . org. Dimensões da Dignidade: Ensaios de Filosofia Direito e Direito Constitucional*, por Ingo Wolfgang SARLET, 91. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos.* Tradução: Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2004.

MANGIAMELI, S. (janeiro-junho de 2011). EL DISEÑO INSTITUCIONAL DE LA UNIÓN EUROPEA DESPUÉS DEL TRATADO DE LISBOA. *REVISTA DE DERECHO CONSTITUCIONAL EUROPEO , 8*.

PASQUALINI, Alexandre. Hermenêutica e Sistema jurídico: uma Introdução à Interpretação Sistemática do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. “O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e a Exclusão Social.” *Interesse Público* (Notadez), 2012: 26.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SILVA, Anabelle Macedo. *Concretizando a Constituição.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição.* São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

Supremo Tribunal Federal. “Informativo de Jurisprudência.” *654.*

Tratado da União Europeia Consolidado . (s.d.). Acesso em 06 de 2013, disponível em http://register.consilium.europa.eu/pdf/pt/08/st06/st06655-re07.pt08.pdf

*União Europeia*. (s.d.). Acesso em junho de 2013, disponível em http://europa.eu/about-eu/institutions-bodies/court-justice/index_pt.htm

União Europeia. (s.d.). Tratado da União Europeia.

# REFERENDO, INSTRUMENTO DA DEMOCRACIA PARTICIPATIVA NA UNIÃO EUROPEIA E NO BRASIL PARA O APERFEIÇOAMENTO DAS INSTITUIÇÕES E DA DEMOCRACIA.

**Divaldo Pedro Marins Rocha**

## INTRODUÇÃO

O momento histórico vivido atualmente pelo Brasil, com milhares de populares nas ruas em todas as capitais brasileiras em 2013, repercutem nos jornais em todo o mundo, evidenciando que o sistema político atual brasileiro, sem transparência e repleto de corrupção, sem permitir ao cidadão uma participação política mais eficiente, e por conseguinte, colocado em questionamento a própria democracia no país.

Desta forma, os instrumentos colocados à disposição da população para efetivamente exercer sua cidadania são inadequados para quebrar a rede de corrupção que se encontra o sistema atual, que hoje, de forma aflorada, demonstra um ciclo vicioso vindo de governos anteriores, como o financiamento de campanhas pelo particular e o retorno deste" investimento" em vultuoso contratos com a administração pública e desvio de dinheiro público.

Cumpre então analisar o uso de instrumento que possibilita a participação efetiva do cidadão na rumo político do país, o Referendo.

Por outro lado, percebe-se que instrumentos de participação democrática como o Referendo, foram e são utilizados na União Europeia, no intuito de se ratificar os tratados de tentaram implementar um Constituição Europeia, e posteriormente foram utilizados na ratificação do Tratado de Lisboa, onde os próprios referendos podem indicar imperfeições e provocar novas reflexões sob o aspecto práticos dos efeitos na vida de cada nação europeia com novas políticas e instituições criadas, como por exemplo a tentativa de se implementar uma única constituição europeia.

A partir de uma breve comparação do Referendo como instrumento de participação democrática na União Europeia e no Brasil, pode revelar sua utilidade no aperfeiçoamento da democracia e do sistema democrático.

## 1. SISTEMA DEMOCRÁTICO E DEMOCRACIA

Um sistema democrático, como qualquer outro sistema de governo, não tem o condão de assegurar que seus cidadãos sejam felizes, saudáveis, prósperos, pacíficos e justos, mas pode possibilitar condições para que sejam alcançados tais atributos. Pela experiência, pode-se observar que a democracia, em sua forma plena, não passa de uma pura utopia, e, a democracia existente, pouco corresponde aos seus ideais.

Contudo, um governo democrático é o ambiente propício para que possibilite ao cidadão seu desenvolvimento pessoal e social, neste sentido ensina o prof. John Stuart Mills:" Apenas um governo democrático pode proporcionar uma oportunidade máxima para as pessoas exercitarem a liberdade da autodeterminação – ou seja: viverem sob leis de sua própria escolha [...] A democracia promove o desenvolvimento humano mais plenamente do que qualquer opção viável [...] Países com governos democráticos tendem a ser mais prósperos do que países com governos não democráticos. [1]

Apesar de suas falhas, um governo democrático para Mills, apresenta vantagens frente aos sistemas não democráticos, possibilitando ao ser humano desenvolver sua capacidade de viver em sociedade, o que é indispensável para sua sobrevivência. Sobre o conceito de democracia, Norberto Bobbio ensina: "Acredita-se que o conceito de democracia seja um conceito elástico, que se pode puxar de um lado e do outro à vontade. Desde que o mundo é mundo, democracia significa o governo de todos ou de muitos ou da maioria, contra o governo de um só ou de poucos ou d uma minoria [...] Não, o conceito de democracia não é um conceito elástico. Na sua contraposição à autocracia é um conceito de contornos precisos.

E eu o defino desta forma: “democrático” é um sistema de poder no qual as decisões coletivas, isto é, as decisões que interessam a toda a coletividade(grande ou pequena que seja) são tomadas por todos os membros que a compõe.”2[206]

Verifica-se, portanto, segundo Bobbio, que “A democracia é um sistema de poder onde todos participam nas decisões que irão atingir a coletividade, trazendo desta forma uma ideia de liberdade e igualdade”.

Continuando a conceituar democracia, Hans Kelsen, expõe seus pensamentos sobre a liberdade e igualdade: ”Da ideia de que somos – idealmente iguais, pode-se deduzir que ninguém deve mandar em ninguém deve mandar em ninguém. Mas a experiência ensina que, se quisermos ser realmente todos iguais, deveremos deixar-nos comandar. Pó isso a ideologia política não renuncia a unir liberdade com igualdade. [...] A democracia, no plano das ideias, é uma forma de Estado e de sociedade em que a vontade geral, ou, sem tantas metáforas, a ordem social, é realizada por quem está submetido a essa ordem, isto é, pelo povo.[207]

Verifica-se que o povo permanece livre por se submeter a ordem social imposta por ele próprio, Kelsen vê a liberdade como apenas uma ideologia, a democracia seria a forma de realmente exercê-la, tendo em vista o que para que exista igualdade entre os indivíduos é necessário que estes estejam sob um comando.

## 2. SOBERANIA POPULAR E DEMOCRACIA PARTICIPATIVA

Inicialmente, torna-se necessário abordar a questão da soberania popular, faz-se necessário então trazer as afirmações de Jean-Jacques Rousseau, que afirma : “ A soberania não pode ser representada[...]o povo inglês acredita ser livre mas se engana redondamente; só o é durante a eleição do parlamento; uma vez eleitos estes, ele volta a ser escravo, não é mais nada. [...] uma verdadeira democracia jamais existiu e jamais existirá.”[208]

---

[206] BOBBIO, Roberto. *Qual o Socialismo*, São Paulo: Ed. Paz e Terra, 2 002. pág.79
[207] KELSEN, Hans. *A Democracia* –Tradução Vera Barkow - São Paulo :Ed. Martins Fontes, 1993.
[208] ROUSSEAU, Jean-Jacques, Do Contrato Social ou Princípios dos Direito Políticos. Tradução

Rousseau, como mencionado, defende que soberania popular é absoluta, não acreditando que o cidadão possa ser representado, vez que a democracia só seria possível em sua forma direta, isto é, com a participação direta da população nos processos deliberativos ou decisórios, e não mediante um terceiro que o represente.

Percebe-se então que sob a ótica de Rousseau, o simples fato de existir uma falsa concepção de democracia, não classifica os Estados como democráticos, vez que esta somente se daria mediante a efetiva e direta participação da população nos mecanismos de governo, o que, em tempos modernos, sabe-se ser impossível.

Segundo Norberto Bobbio[209] ”[...] democracia direta entende-se literalmente a participação de todos os cidadãos a todas decisões a eles pertinentes, a proposta é insensata”5, o que é materialmente impossível, dada a complexidade e tamanho que se encontram as sociedades modernas, desta forma, plebiscitos e referendos deveriam ser levados diariamente à apreciação popular.

Quanto à democracia indireta ou representativa, que se apresenta como base dos governos nos tempos modernos, ensina o Professor Manoel Gonçalves Ferreira Filho: ”A democracia indireta é aquela onde o povo se governa por meio de “representante” ou “ representantes” que , escolhido por ele, tomam em seu nome e presumidamente no seu interesse as decisões de governo. O modelo clássico de democracia indireta é chamada democracia representativa dois subsistemas: o puro, ou tradicional, e a democracia pelos partidos.[210]

Pode se aferir então que o tipo de democracia será definido de acordo com a forma que o cidadão interfere no sistema decisório do Estado.

Elegendo de forma direta, isto é, através do voto, representantes que irão deliberar e decidir questões de interesse coletivo, tem-se a democracia representativa, que formará os parlamentos, no Brasil apresenta-se pelo Congresso Nacional O cidadão participando diretamente o processo decisório, manifestando

---

Lourdes Santos Machado- São Paulo: Ed. Abril, 1973.

[209] BOBBIO, Norberto. *O Futuro da Democracia* – 8ª edição – Tradução Marco Aurélio Nogueira, São Paulo: Ed. Paz e Terra, 2000. pág. 65

[210] FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. Curso de Direito Constitucional- 18º Edição - São Paulo: Ed. Saraiva, 1990 .pág.71.

direta e pessoalmente a sua vontade, tem-se a democracia direta ou participativa, o que ocorre na pratica dos plebiscitos e referendos populares.

## 3. REFERENDO

Conceitua referendo Carl Schmidt, *:* "[...] quer dizer votação popular sobre a confirmação ou não confirmação de uma medida do corpo legislativo. A expressão referendum se reservará adequadamente para o caso em que se submeta ao cidadão com o direito de voto, para seu julgamento definitivo, uma decisão da representação popular.[211]

O Referendo teve sua origem na Grécia antiga, em sua fase de democracia direta, modernamente, muito ainda utilizada nos cantões da Suíça e em alguns estados norte-americanos, tendo um maior impulso após a Revolução Francesa.

O Congresso Brasileiro autoriza que o eleitorado seja consultado sobre a aprovação de textos de projetos legislativos, podendo ser leis ou emendas Constitucionais. Diferentemente do plebiscito, que é antes do processo legislativo, o referendo como explica Uadi Lammêgo Bulos: "recai sobre assunto que já foi aprovado pelo Congresso Nacional"[212].

Outro aspecto do referendo, levantado por Norberto Bobbio, vivido nas experiências na Suíça e nos Estados Unidos, que registrariam uma "tendência de decisões populares contrárias às inovações"[213].

Complementa sobre o referendo o doutrinador Pinto Ferreira[214]:"[...] diversas são as modalidades do referendum, que pode ser: a) referendum constituinte, quando se refere à reforma, revisão ou emenda da Constituição, e referendum legislativo, referente às leis ordinárias; b) referendum obrigatório ou facultativo, conforme a consulta popular seja exigida necessariamente pelas disposições

---

[211] BULOS, Uadi Lammêgo . *Constituição Federal Anotada*, 6ª edição, São Paulo: Saraiva, 2005.*Apud* Carl Schmidt.
[212] BULOS, Uadi Lammêgo . *Constituição Federal Anotada*, 6ª edição, São Paulo: Saraiva, 2005 pág. 494.
[213] ROSA, Antônio José Miguel Feu. *Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1998, p.120.
[214] FERREIRA**,** Pinto. *Código Eleitoral Comentado* -3ª Ed. – São Paulo: Ed. Saraiva 1991.

constitucionais, ou, no segundo caso, fique subordinada à livre disposição de uma autoridade, ou dependente de uma petição formulada por um certo número de eleitores; c) referendum consultivo, quando o povo é previamente solicitado para exprimir a sua opinião sobre a lei; d) a sua antítese, ou referendum póslegislativo, que é a manifestação popular sobre a lei já votada do Parlamento. [...]"

A eficácia jurídica do referendo, como do plebiscito, é vinculante, de maneira que o legislador ou outro órgão competente haverá de acatar a decisão levada a pleito popular e segui-la.

## 4. REFERENDOS NA REJEIÇÃO DE UMA CONSTITUIÇÃO EUROPEIA E NA RATIFICAÇÃO DO TRATADO DE LISBOA.

Não obstante tenha sido a Constituição Europeia ratificada pelo parlamento da Eslovénia e da Grécia em maio de 2005, os eleitores franceses rejeitaram o texto da Constituição Europeia.

A rejeição popular manifestada mediante referendo repetiu-se na Holanda em Junho de 2005, onde o eleitorado holandês optou por não ratificar a Constituição Europeia, provocando uma crise e uma necessária e ampla reavaliação do tratado, que iria culminar posteriormente com o tratado de Lisboa, também levado a referendo popular em nações europeias para sua ratificação.

Submeter ao cidadão a apreciação de novos rumos políticos podem ser úteis às intuições europeias quanto ao seu aperfeiçoamento político, comoensina o prof. Francisco Balaguer Callejón[215] :

> La crisis del Tratado Constitucional se produjo como consecuencia del fracaso de los procesos de ratificación en Francia y en Holanda. Esta crisis debe servirnos para reflexionar sobre los caminos equivocados que se han seguido en la construcción constitucional de Europa y sobre las vías que deberían seguirse en el futuro para no volver a incurrir en los mismos errores.

---

[215] CALLEJÓN, Francisco Balaguer. *Manual de Derecho Constitucional, Volumen I* -5ª edición – Madrid: Ed. Tecnos 2010.,pag.225

Desta forma, percebe-se que o referendo além de instrumento que permite a participação do cidadão de forma direta no rumo político de uma nação, pode servir como instrumento de aperfeiçoamento de mecanismos e instituições que visam o aperfeiçoamento do sistema democrático.

Após a rejeição de uma constituição europeia em 2005, permitiu-se uma discussão sob os aspectos que provocaram sua rejeição pelo eleitorado consultado em referendos, e após dois anos fora possível chegar ao Tratado de Lisboa em 2007.

Talvez se a adoção de uma constituição europeia como se intentou em 2005, não tivesse sido inicialmente rejeitada pelos eleitorados francês e holandês, uma reflexão mais acurada sobre seus pontos sensíveis não teria ocorrido, e nos dias atuais, frente à sistêmica crise econômica enfrentada pela União Europeia, poderia haver uma crise política ainda mais severa que hoje se apresenta.

O constante aprimoramento das instituições europeias como o ocorrido com o Tratado de Lisboa é indispensável para o desenvolvimento da sociedade europeia cada vez mais multicultural e complexa, havendo a necessidade de uma formalização jurídica para proteção dos direitos humanos e garantias fundamentais, como ensina o Prof. Diego J. Liñán Nogueras[216] :

> Lo importante ahora es percibir que e Tratado de Lisboa, recuperó, tras el denso e infructuoso debate constitucional, el discurso de la positivación, adhesión al CEDH y la controvertida cuestión de la eventual extensión del modelo a la Cooperación policial y Judicial Penal y, en cierto modo, a la PESC al menos para hacer frente a las claras disfunciones derivadas de las decisiones en el mundo de las medidas restrictivas a personas físicas e jurídicas.

Desta forma, percebe-se que no caso da União Europeia, uma complexa organização política surgida posterior a uma organização econômica de nações, inicialmente com 06 integrantes e nos tempos atuais com 28 estados membros,

---

[216] NOGUERAS, Diego J. Liñán. Instituciones y derecho de la Unión Europea, -7ª edición – Madrid: Ed. Tecnos 2012.pag.123.

evidente que constantes ajustes e aprimoramentos sejam necessários, nada mais democrático que um instrumento de participação democrática como o Referendo, seja mais uma ferramenta no aperfeiçoamento de todo o sistema e da democracia.

## 5. REFERENDO NO BRASIL E CRISE POLÍTICA ATUAL

Desde a proclamação da República até 1945, apenas 5% do povo participava diretamente das eleições. Os movimentos populares, em busca da democracia, tiveram início da década de 40, juntamente com o governo de Getúlio Vargas, num processo chamado de populoso, aonde o povo além de votar, começou a questionar seus direitos com greves e movimentos sindicais.

Tais movimentos eram organizados pelos sindicatos, onde se buscava defender os interesses específicos de cada categoria. Em 1964, com a ditadura militar, os movimentos populares sofreram uma bruta interrupção, o que suprimiu o direito de expressão e organização da população, retardando o crescimento da democracia no Brasil.

Em seu primeiro momento, de 1945 a 1964, as tentativas democráticas foram abafadas pelo governo federal entre as elites e os militares. Em 1985, findo o governo militar, ressurgem novas sementes democráticas, já com uma maior participação popular, consolidando as conquistas da década de 30, sobretudo quanto aos direitos sociais, que mesmo na ausência de ambiente democrático, uma vasta legislação trabalhista foi introduzida.

Apesar da prática democrática ser recente no Brasil, pode-se dizer que houve um considerável avanço graças aos movimentos populares, tendo estes resultados significativos, como por exemplo, a conquista de eleições diretas e a participação efetiva do povo no processo de impeachment de um presidente da República, o ex presidente Fernando Collor de Mello.

O Referendo tem previsão legal no ordenamento brasileiro pela Lei nº 9.709 de 1998:" **Art. 1o A soberania popular é exercida por sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, nos termos desta Lei e das normas constitucionais pertinentes, mediante: I – plebiscito; II – referendo; II –**

**iniciativa popular**; o que regulamenta a execução do disposto nos incisos I, II e III do art. 14 da Constituição Federal:[217] "**Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante: I - plebiscito; II - referendo; III - iniciativa popular.**"

Em 23 de outubro de 2005, um referendo sobre o desarmamento relevou a fragilidade e a possibilidade de se utilizar um instrumento originalmente criado para fins democráticos, ser usado para a manipulação da vontade do eleitorado, levando apenas para apreciação do cidadão o que é conveniente ao legislador.

O conflito de interesses dos grupos de pressão que atuaram no processo legislativo de elaboração do estatuto do desarmamento, influenciaram diretamente na formulação final da pergunta levada ao pleito popular, que por conseguinte, influenciou o resultados nas urnas.

O referendo foi levado a voto popular com a seguinte questionamento : "O comércio de armas e munições deve ser proibido no Brasil?"

De acordo com dados do TSE[218], a questão foi respondida por 95.375.824 eleitores brasileiros: 63,94% votaram no NÃO e 36,06% votaram no SIM. Houve de fato uma reviravolta da opinião pública por dois principais motivos: o impacto da campanha eleitoral atingindo as preferências do eleitorado e a má formulação da pergunta que induzia à dúvida.

Ao usar o termo "proibição", os legisladores cometeram um deslize ou agiram propositadamente. Como o cidadão está acostumado a relacionar proibição ao um sistema autoritário, existe a tendência humana a questionar e repelir qualquer comando que tenha em seu cerne a proibição.

Fica demonstrado que no presente sistema há uma ilusão de democracia e de soberania popular, onde a participação do cidadão é superficial e manipulada pela oligarquia que matem o poder no país.

---

[217] BRASIL. Constituição (1988). *Constituição Federal.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001
[218] TSE <http://www.tse.gov.br>.Acesso em: 25 ago. 2013.

Por derradeiro, pode se aferir um relativo ganho para a democracia brasileira, que mesmo diante dos questionamentos de como foi realizado o referendo de 2005, fez o povo participar de uma forma direta no processo legislativo, levando-o a questionar a eficácia e a adequação dos instrumentos que estão a disposição do cidadão para exercer efetivamente sua cidadania.

A partir de junho de 2013, num rompimento de anos de inércia, o povo brasileiro saiu às ruas em protesto, capitais em todo país assim como cidades médias e pequenos municípios tiveram suas ruas tomadas e trânsitos parados por milhares de populares que clamam por mudanças.

A falta de transparência nos governos, os altos índices de corrupção e os serviços públicos caros e de má qualidade oferecidos ao cidadão brasileiro são os principais argumentos dos manifestantes em todo país.

A quantidade de pessoas às ruas em todo país chamou atenção da imprensa internacional, ainda mais pela simultaneidade da Copa das Confederações, organizada pela FIFA em 2013, como evento preparatório à Copa do Mundo que ocorrerá no Brasil em 2014.

Percebe-se que o cidadão brasileiro não suporta mais ser manipulado pelo legisladores, numa aparente participação democrática, onde na verdade quem dita os rumos políticos do país são o empresariado e a mídia nacional monopolizada e nunca imparcial, agindo sempre como formadora de opinião, como ocorreu no Referendo pelo desarmamento em 2005.

Em julho de 2013, chegou a ser proposta por integrantes do Poderes Executivo e Legislativo, a possibilidade de um referendo popular, o que logo foi afastada, pois é de antemão sabido pelos próprios, que tal instrumento é já conhecido pelo cidadão como insuficiente para as reestruturações que o país reivindica.

O povo brasileiro anseia por uma participação mais direta e efetiva nos rumos políticos da nação, e em ano de eleições e copa do mundo, 2014 será um cenário desafiante aos governantes frente àqueles que, de fato numa democracia, são soberanos.

## 6. O JUDICIÁRIO E PROTEÇÃO À DEMOCRACIA

Quando se fala em democracia e estado democrático de direito, não há como não falar em tripartição de poderes e como suas independentes atribuições ao mesmo tempo impedem usurpação de seus poderes perante os demais e zelam pela manutenção do governo democrático.

Temos a Constituição Federal que delimita a atual ação de cada um dos Poderes, agindo como verdadeiros freios constitucionais, como bem colocado por Stephen Holmes[219] :

> ”[...] los frenos constitucionales, lejos de ser sistematicamente antidemocráticos, pueden reforzar la democracia. El gobierno democrático, como toda creación humana, necesita de reparación periódica.” ou seja, os freios constitucionais, longe de serem sistematicamente antidemocráticos, podem reforçar a democracia, e como toda criação humana, necessita reparação
> periódica.
> Esta reparação periódica, necessária pela própria evolução da sociedade, tem sido realizada em nosso país pelo Poder Judiciário, mais especificamente pelo Supremo Tribunal Federal, sem contudo ameaçar a tripartição de poderes ou a democracia, uma vez que age na defesa da efetivação de direito fundamentais perante à inercia do Poder Legislativo.
> Atuando o STF como intérprete último da constituição federal, o Poder Judiciário zela pela manutenção do estado democrático de direito que tem como um de seus pilares a tripartição dos poderes.
> Questiona-se a atribuição do STF como intérprete último dessas
> restrições constitucionais, e que a atribuição de revisão judicial ,em alguns casos seria antidemocrática, pois seria alguma das vezes contra majoritária, ou seja, contrária ao posicionamento da população ou do poder legislativo, o qual exerce a legítima representação popular.
> Porém é justamente o Poder Legislativo que se mostra inerte ao deixar de produzir leis que assegurem a concretização de direito fundamentais insculpidos na Constituição Federal, mesmo após ser instado pelo STF a suprir lacuna que impeça o cidadão de realizar direitos fundamentais.

Na instabilidade política que o brasil hoje enfrenta, com milhares de cidadãos às ruas e insatisfeitos com seus governantes, importante a atuação profilática do

---

[219] HOLMES, Stephen. “Precommitment and the paradox of democracy”. in Elster e Slagstad (eds.) Constitucionalism and Democracy. Cambridge: Cambridge University Press, 1997.

judiciário na tentativa de restabelecer o equilíbrio social, trazendo um resposta positiva ao cidadãos que aguardam ansiosos pelo julgamento de políticos corruptos, o que tem sido acompanhado atentamente em rede nacional.

Cabe portanto ao STF ser guardião dos preceitos fundamentais, dentro de suas atribuições conferidas pelo texto constitucional, acompanhando a evolução da sociedade, observando os compromissos constitucionais, importantes para garantia de um governo de regime democrático, retirando do cenário político nacionais personagens nocivos à democracia e ao desenvolvimento da nação.

Imprescindível, no momento atual, estarmos vigilantes ao comandos constitucionais, ainda mais no que se refere às garantias e direitos fundamentais do cidadão.

Importante ouvir o cidadão e entidades de classe e permitir que possam externar seu descontentamento e trazer sua contribuição no processo decisório, como temos observado nas cada mais recorrentes audiências pública realizadas pelo Supremo Tribunal Federal.

Porém, mostra-se fundamental, em momento de grande comoção pública e manifestações populares, uma atuação consciente da suprema corte brasileira sempre na observância da proteção dos preceitos fundamentais.

Segundo Stephen Holmes “a Constituição protege a sociedade dela mesma num instante de miopia social”[220], impedindo que se coloque em risco seus direitos fundamentais constitucionalmente garantidos.

Por fim, podemos ainda legitimar a atuação do Supremo Tribunal Federal com a teoria da interpretação construtivista desenvolvida por Ronald Dworkin[221], uma vez que a interpretação dos compromissos constitucionais não seria um obstáculo para o desenvolvimento de interpretações inovadoras a serem realizadas pelas gerações futuras, possibilitando o seu desenvolvimento, com a garantia de um núcleo básico

---

[220] HOLMES, Stephen. “Precommitment and the paradox of democracy”. in Elster e Slagstad (eds.) Constitucionalism and Democracy. Cambridge: Cambridge University Press, 1997.
[221] DWORKIN, Ronald. O Império do Direito (trad. Jefferson Luiz Camargo). São Paulo: Martins Fontes, 1999.

de compromissos que propiciam a manutenção de um governo democrático em constante desenvolvimento.

## CONCLUSÃO

Uma reforma política no Brasil faz-se necessária, para que mudanças estruturais garantam mais transparência e menos corrupção no cenário político brasileiro.

A presente questão sempre fora abordada em governos anteriores, porém pouco foi feito neste sentido, e a crise política enfrentada pelo Brasil nos últimos anos e se agrava em 2013 com manifestações populares que por reiteradas vezes culminam em atos de violência e vandalismo, o que não permite mais que tais reformas sejam adiadas.

Como toda reforma discutida na esfera política ou eleitoral, ocorre com notório casuísmo, tendo em vista os interesses daqueles que as apresentam, contudo, apenas a possibilidade de se discutir tais propostas com uma ampla e transparente divulgação aos cidadãos é o primeiro passo para se melhorar a democracia brasileira.

Sempre que forem buscadas formas de diálogo entre cidadãos e governos, para melhorar e democratizar o processo político, mais próxima estará a nação brasileira de um ideal de democracia.

O Brasil por ser uma jovem nação e após ter vivido 21 anos num período de ditadura, os movimentos populares obtiveram algumas conquistas no campo da democracia, porém, verificando a crescente participação do cidadão brasileiro na vida política do país, e utilizando o exemplo de participação do cidadão nos rumos políticos da União Europeia, a democracia no Brasil ainda tem muito o que avançar.

Existe no Brasil uma inadequação dos instrumentos constitucionais para garantir a participação do cidadão nas fases do processo político, a sua participação nas decisões se limitam ao votar em seus representantes, participar de plebiscitos e referendos manipulados e tendenciosos, não participam na implementação das decisões tomadas e muito menos do processo de avaliação ou prestação de contas.

Utilizando os exemplos dos referendos na União Europeia, que além de instrumento de participação direta nos rumos políticos a serem adotados, são instrumentos para reflexão a aprimoramento de instituições e criação de novas políticas públicas.

O constante crescimento da complexidade da sociedade brasileira, demonstra necessário um constante ajuste nos instrumentos que asseguram e possibilitam a participação do cidadão da vida política do país, contribuindo para um avanço da democracia, onde o cidadão tem estado cada vez mais consciente de sua importante participação na política nacional diária.

Não é apenas estando em dias com suas obrigações eleitorais, torna o homem cidadão, o voto é apenas o primeiro passo no jogo democrático, que compreende os atos de eleger, representar, deliberar e decidir.

Deve-se garantir ao cidadão que tenha mais que apenas o poder do voto, mas de fazer valer sua soberania, que segundo Rousseau é e sempre será absoluta em uma democracia[222].

O ato de ser representado politicamente não significa que o cidadão é incapaz ou ausente, como na representação *ad judicia*, o dinamismo da democracia, exige a mudança de paradigmas que possibilitem um redimensionamento da participação popular na política nacional, desde o voto até o fim do mandato eletivo do representando e sua avaliação. Os instrumentos Constitucionais ou infraconstitucionais como tem sido utilizados, mostram-se ineficientes às demandas democráticas de uma sociedade moderna e consciente.

Assim como o cidadão tem participado mais efetivamente das questões judiciárias, como se observa nas cada vez mais frequentes audiências públicas, deve se possibilitar essa aproximação também na esfera política.

Torna-se necessário uma conscientização da sociedade brasileira, que as mudanças não serão alcançadas tão somente em referendos onde se vota sim ou não, num questionamento provocado de forma confusa como foi no referendo do

---

[222] ROUSSEAU, Jean-Jacques, Do Contrato Social ou Princípios dos Direito Políticos. Tradução Lourdes Santos Machado- São Paulo: Ed. Abril, 1973.

desarmamento, mas através de uma legislação moderna e adequada que se poderá garantir e assegurar ao cidadão uma participação política mais efetiva.

O cidadão quer participar do processo decisório juntamente com seu representante político, discutindo e deliberando com aqueles tem voz ativa nas casas legislativas, não participando apenas quando conveniente aos legisladores, mediante referendos e plebiscitos casuísticos e manipulados.

O cidadão quer participar da implementação do que vai repercutir diretamente em sua vida, e por fim, não menos importante em todo o processo democrático, participar da prestação de contas e avaliação dos resultados.

Por fim, uma reforma política urgente é necessária no Brasil, com a consciência de um mudança de paradigmas na representação política do cidadão, permitindo a adequação e aperfeiçoamento dos instrumentos que proporcionem ao cidadão exercer efetivamente sua cidadania de forma participativa, pois não havendo possibilidade política para tal, ocorrerá o que se já se vivenciou na história, a soberania popular se posicionará mediante força e violência, um cenário triste e caótico onde muitos sofrem e perdem, cidadãos e nação.

## REFERÊNCIAS

**BOBBIO**, Norberto*. Qual o Socialismo? Uma discussão alternativa* - São Paulo: Ed. Paz e Terra, 2 002.

**BOBBIO**, Norberto. *O Futuro da Democracia* – 8ª edição – Tradução Marco Aurélio Nogueira, São Paulo: Ed. Paz e Terra, 2000.

**BRASIL**. Constituição (1988). *Constituição Federal.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

**BULOS**, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal Anotada*, 6ª edição, São Paulo: Saraiva 2005. 20

**CALLEJÓN,** Francisco Balaguer. *Manual de Derecho Constitucional, Volumen I* - 5ª edición – Madrid: Ed. Tecnos 2010.

**DAHL**, Robert A. *Sobre a Democracia* – tradução de Beatriz Sidou – Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 2001.

**DWORKIN**, Ronald. O Império do Direito (trad. Jefferson Luiz Camargo). São Paulo: Martins Fontes, 1999.

**FERREIRA FILHO,** Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional* - 18º Edição - São Paulo: Ed. Saraiva 1990.

**FERREIRA**, Pinto. *Código Eleitoral Comentado* -3ª Ed. – São Paulo: Ed. Saraiva 1991.

**HOLMES**, Stephen. “Precommitment and the paradox of democracy”. in Elster e Slagstad (eds.) Constitutionalism and Democracy. Cambridge: Cambridge University Press, 1997.

**KELSEN**, Hans. *A Democracia* –Tradução Vera Barkow - São Paulo :Ed. Martins Fontes, 1993.

**NOGUERAS,** Diego J. Liñán. *Instituciones y derecho de la Unión Europea,* -7ª edición – Madrid: Ed. Tecnos 2012.

**ROSA**, Antônio José Miguel Feu. *Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva 1998.

**ROUSSEAU**, Jean-Jacques, *Do Contrato Social ou Princípios dos Direito Políticos*. - Tradução Lourdes Santos Machado- São Paulo: Ed. Abril, 1973.

**TSE** <http://www.tse.gov.br>.Acesso em: 25 ago. 2013.

# A PECULIARIDADE JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DO PODER CONSTITUINTE E SUA (IN)EXISTENTE ORIGINALIDADE NO CONTEXTO DA UNIÃO EUROPÉIA

**Francisco Valle Brum**[223]

## INTRODUCÃO

Talvez não haja na dogmática constitucional um ponto tão sensível e determinante para a eficácia de todo o rol de garantias proporcionado pela Constituição como a doutrina do Poder Constituinte. Partindo do seu conteúdo se estabelece a força vinculante da Constituição, que irradia seus efeitos por todos os demais ramos do direito, e condiciona nossa própria visão de mundo como juristas[224].

A peculiar situação da União Europeia, no que toca ao contexto da sua constitucionalização, torna ainda mais sensível esse ponto. Assim, a pergunta problematizante que se põe é saber se os Tratados constitucionais da União (cuja natureza jurídica para muitos é de efetiva Constituição da Europa) foi fruto do Poder Constituinte originário, e com isso se principia a reestruturação do Poder Constituinte - afetando todo o Direito Constitucional -, com a formal retirada da soberania e do monopólio da força dos Estados-membros em prol de uma União Europeia nos moldes norte-americanos, ou se apenas podemos dizer que a (ainda?) (in)existente federação da Europa inviabiliza a formalização do processo constituinte originário, admitindo-se apenas um poder de reforma *sui generis*.

Como hipótese, podemos dizer que as principais características do Poder Constituinte originário não estão presentes na constitucionalização da Europa, porquanto, para isso, teremos que verificar a existência da inicialidade, da

---

[223] Mestrando em Constituição e Sociedade pelo Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP. Especialista em Direito do Estado. Advogado da União.

[224] GUSMÃO. Hugo Cesar Araújo de. Poder Constituinte: uma categoria ainda válida em nossos dias? *In:* **Revista Brasileira de Direito Constitucional (RBDC): Revista do Programa de Pós-Graduação *Lato Sensu* em Direito Constitucional**. Escola Superior de Direito Constitucional (ESDC) – São Paulo: ESDC, 2005. n. 6, p. 95-118.

titularidade e de um *povo da União*, o que não parece fazer parte da atual conjuntura da UE.

## 1. O PODER CONSTITUINTE E SUA DIVISÃO NO AMBIENTE EUROPEU

Não é tarefa fácil tratar em poucas linhas a questão acerca do Poder Constituinte. Esse tema, a par de muito debatido, continua extremamente aberto[225]. Faz parte do senso comum que o Poder Constituinte, teorizado inicialmente pelo abade de Sieyés[226], é uma força política que inaugura uma nova ordem constitucional. Também é assaz conhecida a discussão entre juspositivistas e jusnaturalistas sobre a natureza desse poder, se jurídico ou de fato.

Agora, falar de Poder Constituinte é falar de democracia, sendo que na modernidade os dois conceitos foram quase sempre correspondentes e estiveram inseridos num processo histórico que fez com que se identificassem cada vez mais, sobretudo com a aproximação do século XX[227]. Os distintos modos de entender a Constituição reclamam uma aproximação particular à questão do Poder Constituinte[228]. Sobre essas diversas linhas de tentativa de conceituação do Poder Constituinte dentro da arquitetura político-jurídico-social, destaca-se estudo de Danilo Castellano, para quem

---

[225] Há, inclusive, quem chegue a afirmar que o Poder Constituinte originário não mais existe. Nesse sentido, Giorgio Agamben aduz que Contra a tese que afirma o caráter originário e irredutível do poder constituinte, que não pode ser de modo algum incondicionado e constrangido por um ordenamento jurídico determinado e se mantém necessariamente externo a todo o poder constituído, encontra hoje sempre maior consenso (no âmbito da tendência contemporânea mais geral de regular tudo mediante normas) a tese contrária, que desejaria reduzir o poder constituinte ao poder de revisão previsto na constituição, e põe de lado como pré-jurídico ou meramente factual o poder do *qual nasceu a constituição* (AGAMBEN, Giorgio Homo Sacer. **O poder soberano e a vida nua**. 2 ed. Belo Horizonte: UFMG, 2002, p. 47.).

[226] Não obstante essa afirmação, Hugo Gusmão adverte que *assim como o que Galileu comprovou e* universalizou já havia sido afirmado anteriormente, ainda que no âmbito da pura teoria, também as idéias enunciadas por Sieyés, muito antes que os colonos americanos declarassem sua independência

[227] NEGRI, Antonio. **O poder constituinte. Ensaio sobre as alternativas da modernidade.** Trad. Adriano Pilatti. Rio de Janeiro: DPeA Editora, 2002, p. 7.

[228] CASTELLANO, Danilo. **Constitución y Constitucionalismo**. Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 74-75.

> Se puede observar, en primer lugar, que la doctrina de la Constituición como hipótesis fundamental (Kelsen), como decisón, o sea, como acto cualquiera del poder constituyente (Schmitt), como pacto (o contrato) social (teorias políticas constructivistas), identifican en último análisis el poder constituyente con una opción o una decisión de la que, cuando se ofrecen, no se dan sino razones utilitaristas, inidôneas para justificar – bajo el aspecto fundante – la misma decisión o la opción. Sustancialmente, por tanto, para estas teorías, el poder constituyente es el poder de constituirse, un hecho derivado de un acto voluntario colectivo. Un hecho prejurídico, en suma, que los juristas reconocen (o deberían reconocer) del mismo modo como el cordero reconoce la "decisión" del lobo. El poder constituyente, por tanto, sería un hecho considerado (impropriamente) idóneo para originar un ordenamiento jurídico, pero absolutamente extraño al mundo del derecho. Por ello las doctrinas iuspositivistas (piénsese, por ejemplo, en Georg Jellinek, Raimon Carré de Maberg o Santi Romano) excluyen que sea una "cuestión jurídica" y, por eso, tienden (sin conseguirlo) a expulsarla *e desse inicio à seu processo constituinte, já haviam encontrado um porta-voz: Emer Vattel, sob uma perspectiva internacionalista, já havia chagado a algumas conclusões que apos décadas seriam proclamadas pelo Abade francês.* E continua *No entanto, apesar do caráter vanguardista de sua argumentação, e como para demonstrar a peremptória afirmação de Hannah Arendt, a origem histórica e jurídica do Poder Constituinte necessitou dos fatos que se desenrolaram na América e na França, e que o delinearam, definitivamente, como circunstância concreta e idéia jurídico-política.* (GUSMÃO, Hugo César Araújo de. A posse ad esse: uma análise dos pressupostos históricoconceituais do poder constituinte enquanto fato político e categoria científica *In*: ALMEIDA FILHO, Agassis; NOVELINO, Marcelo. **Leituras Complementares de Direito Constitucional:** Teoria do Estado. Salvador: *Jus Podivm*, 2009, p. 102-103).

Em aula ministrada para os alunos do mestrado em Direito do Instituto Brasiliense de Direito Público na Universidade de Granada[229], o professor Hugo Gusmão registrou que ele (o Poder Constituinte) é uma espécie de *cisne negro*, vale dizer, fenômenos sociais e políticos extraordinários que produzem um tremendo impacto e que não se sujeitam a explicações no momento em que aparecem. Só se pode explicá-los num momento posterior. O Poder Constituinte tem esse componente de *cisne negro*, porque ele se subdivide entre um *momento constituinte* e um *processamento constituinte*, tendo um elemento limitativo (limitado) e um

---

[229] GUSMÃO, Hugo C. Araújo de. **Reforma constitucional y Globalización.** Aula ministrada em 04.06.2013 no programa de mestrado em Direito Constitucional Europeu da Universidade de Granada em convênio com o Instituto Brasiliense de Direito Público.

elemento ilimitado (ruptura com a ordem estabelecida). O Poder Constituinte nem sempre é percebido de imediato. Ele não necessariamente tem que conduzir a um processamento constituinte; melhor dizendo, ele pode ter um momento de ruptura e não ter uma constituição que garanta juridicamente esse momento de ruptura.

Outra discussão que já é *lugar-comum* é a que se refere a quem é o titular do Poder Constituinte e de quem tem o poder de fazer a constituição.

Nesse aspecto, deve-se dizer, com Hegel (ainda que com razões diversas) que a questão carece de significado[230]. Ela está privada de significado jurídico, porque, como sustentado por uma parte dos juristas positivistas, o Poder Constituinte seria um fato e não um verdadeiro poder jurídico. No mesmo sentido, estaria privada de significado para os pensadores clássicos, já que não existe. É uma pretensão de onipotência que o homem ou as coletividades reivindicam, mas que não possuem, pois tanto uma como outras somente dispõem do poder ordenador.

Ainda, está privada de significado político, porque o poder político não é um poder brutal e absolutamente *livre em sua causa*; é, ao contrário, um poder humano[231].

Ainda sobre a fluidez do conceito, Isabel Turégano Mansilla[232] adverte que

> Empleado con una función explicativa, el concepto de poder constituyente sirve efectivamente para poner de manifiesto que la limitación de la autoridad jurídica suprema presupone lógicamente un poder extrajurídico que le autoriza y delimita su ámbito de actuación. Éste creo que es el sentido de la distinción entre soberano y soberano. Sin embargo, como ya señalaran CARRIÓ y NINO, resulta problemática la aplicación de un término como el de «poder» propio de contextos normativos en una sede en la que por definición las normas están ausentes, puesto que puede servir como legitimación encubierta del mero hecho del ejercicio efectivo de la fuerza (CARRIÓ, 1973; NINO, 1985).

---

[230] 9 *Ibid*., p. 84.
[231] *Ibid*., p. 85.
[232] MANSILLA, Isabel Turégano. **A vueltas con la noción de soberanía: reflexiones sobre La contribuición de Ernesto Garzón Valdés**. DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 30 (2007), p.199-203.

Não é desiderato deste artigo investigar as correntes que teorizam acerca do Poder Constituinte, seja ele originário ou derivado, mas sim investigar se a criação de uma “constituição” para o velho continente pode ser caracterizada como um *fato “constituinte”*, ou seja, como um momento em que se deflagrou o Poder Constituinte originário.

Antes, porém, impende trazer a peculiar situação da constitucionalização da União Europeia, uma vez que pode haver uma divisão desse Poder Constituinte entre os cidadãos da União (?) e os povos europeus.

Sobre o ponto, é de se dizer que o artigo 1, inciso 2, do Tratado de Maastricht do ano de 1991 deu início a uma “União cada vez mais estreita entre os povos da Europa”, ao passo que o artigo 1, inciso 1, do Tratado que funda uma Constituição para a Europa já passou a se referir aos dois sujeitos constituintes, isto é, tanto “às cidadãs e aos cidadãos” como “aos Estados” europeus[233]. Nas palavras de Habermas[234]

> Mesmo malogrando a Constituição da convenção de 2004, o Tratado de Lisboa recomenda o fim de uma soberania “dividida” entre cidadãos e Estados porque o Parlamento, ao propor mudanças no tratado constitucional (de modo igualmente restrito), não somente está submetido ao procedimento como se coloca diante do Conselho como órgão de igual nível nos “procedimentos legislativos ordinários”.

Nesse norte, esse elemento novo do sujeito constituinte cindido entre “cidadãos” e “Estados” exige, sob o ponto de vista da democracia, uma qualificação importante. É que os cidadãos participam de duas maneiras na constituição de uma comunidade política superior, vale dizer, em seu papel como futuro cidadão da União e como membro da população de um Estado. Por isso, a Constituição da União Europeia preserva também, como todas as ordens jurídicas modernas, um caráter estritamente individualista, se baseando em última instância nos direitos subjetivos dos cidadãos[235]. Desse modo, seria mais consequente reconhecer como

---

[233] HABERMAS, Jurgen. **Sobre a Constituição da Europa**. Trad. Denilson L. Werle, Luiz Repa e Rúrion Melo. São Paulo: Unesp, 2012, p. 71.
[234] Idem.
[235] *Ibid*., p. 72

o outro sujeito do processo constituinte não os próprios Estados membros, mas sim seus povos[236].

Nessa perspectiva, Habermas registra que

> (a)mbos os papéis do sujeito constituinte da comunidade constituída ganham um significado institucional: no âmbito europeu, o cidadão deve poder simultânea e igualmente formar seu juízo e decidir politicamente, seja como cidadão da União ou também como membro pertencente ao povo de um Estado. Cada cidadão participa no processo europeu de formação da opinião e da vontade tanto como o *invidivíduo* europeu capaz de autonomamente dizer "sim" ou "não", como também como *membro* de uma determinada ação.

Não obstante a opção de Habermas ao afirmar a existência de uma divisão de sujeito constituinte pertencente ao cidadão da União e ao povo de um dos Estados-membros da comunidade europeia, precisa-se investigar se o Poder Constituinte pode ser considerado originário, donde restaria comprovada a hipótese do jusfilósofo alemão.

## 2. O PODER CONSTITUINTE (ORIGINÁRIO?) E SUA ESTRUTURA JURÍDICO-CONSTITUCIONAL PECULIAR NO CONTEXTO DA INTEGRACÃO DA UNIÃO EUROPÉIA

Na já citada aula ministrada na Universidade de Granada, Hugo Gusmão provocou os alunos com a indagação acerca da existência ou não de uma Poder Constituinte originário no âmbito da União Europeia. Antes de adentrar especificamente esta questão, se mostra importante, ainda que brevemente, trazer apontamentos sobre a União Europeia e sua constituição.

De início, o Tratado constitucional foi elaborado em um momento histórico no qual o processo de integração europeia estava culminando com os dois objetivos essenciais que se haviam desenvolvidos desde o Tratado de Paris e dos Tratados de Roma, que, em 1957, criaram a Comunidade Econômica Europeia, ou seja, a

---

[236] Idem

ampliação progressiva do âmbito territorial do processo de integração e a intensificação desse processo[237]. Todavia, uma questão permanecia pendente: qual seria a natureza jurídica desse Tratado? Para alguns, se tratava de um simples tratado, enquanto que para outros era claramente uma Constituição.

Para Francisco Balaguer, o Tratado constitucional era, na verdade, um Tratado com alma de Constituição, haja vista que havia no Tratado matérias típicas de um texto constitucional (carta de direitos fundamentais, mecanismos de controle do poder, delimitação de competências, desenvolvimento do sistema jurisdicional preexistentes, etc.)[238]. Sobre a natureza do Tratado constitucional e, posteriormente, do Tratado de Lisboa, Balaguer[239] registra que

> En definitiva, bien podía decirse que el Tratado constitucional era uma Constitución, aunque adoptara la forma de Tratado y a pesar de que se deba considerar sólo el primer paso de futuros avances en el proceso de constitucionalización de la Unión Europea. Valoración que se puede extender claramente al Tratado de Lisboa en el que se mantienen sustancialmente lãs características anteriores (…). El contenido material del Tratado Constitucional, que se incorporó al Tratado de Lisboa, debe ser completado en el futuro com nuevos desarrollos constitucionales que no sólo sean materialmente constitucionales sino que lo sean también formalmente.

Habermas[240], demonstrando a mesma linha de entendimento acerca da natureza jurídica dos Tratados referidos, aduz que *Diferentemente das constituições nacionais dos séculos XVIII e XIX, a constituição da União é obra das elites políticas.* Isso porque nas constituições dos séculos indicados os revolucionários se uniam para derrubar o antigo regime, ao passo que, agora, são os Estados, é dizer, os atores coletivos, que associam-se para cooperar em campos políticos limitados com o auxílio de um aparato instrumental baseado no direito das gentes[241].

Pois bem. Um dos fatos recentes que trouxeram uma forte preocupação para a Europa, e que originou diversos estudos sobre o modo de seu controle, foi a crise

---

[237] Francisco Balaguer (Coord.). **Manual de Derecho Constitucional**. Vol. I. Madrid: Tecnos, 2010, p. 219.
[238] *Ibid*., p. 224-225
[239] *Ibid*., p. 225.
[240] HABERMAS, *op. cit*., p. 67.
[241] *Ibid*., p. 67.

financeira mundial, que teve seu auge em 2008, e que atingiu a União Europeia. O baixo crescimento dos países que a compõem, sendo a situação da Grécia um caso emblemático, fez com que fossem lançados uma série de pacotes de resgate para tentar equilibrar a economia dos países em maior dificuldade. Essa situação fez com que surgisse a preocupação acerca do modo de se fazer um controle *nacional* do mercado. E como fazer?

Na expressão de Francisco Balaguer Callejón, a dimensão europeia do *Direito Constitucional* é que oferece a possibilidade de controlar o mercado e de colocá-lo a serviço dos direitos dos cidadãos, uma vez que as medidas de controle da economia somente poderão se realizar em escala supranacional nas grandes regiões econômicas[242]. Nas palavras do autor

> Teniendo en cuenta el proceso de globalización o mundialización, bien se puede afirmar que la dimensión europea del Derecho constitucional es la única posibilidad de realizar un control constitucional del mercado. No es posible, com el actual proceso de globalización, pensar en un control nacional o estatal del mercado. Las medidas de control de la economia sólo van a poder realizar a escala supranacional en las grandes regiones económicas. De ese modo, la dimensión europea del Derecho constitucional ofrece la posibilidad de controlar el mercado y de situarlo al servicio de los derechos de los ciudadanos[243] [244]

Portanto, a superação da grave crise mundial, com, v.g., o controle constitucional do mercado, perpassa, inevitavelmente, por esse *Direito Constitucional*, denotando a preocupação dos europeus acerca desse momento[245]

---

[242] CALLEJÓN, *op. cit*., p. 220.
[243] Idem.
[244] A importância de mecanismos constitucionais para uma integração política e econômica para fazer frente aos problemas surgidos naquele continente foram abordados por Francisco Balaguer Callejón a propósito da queda do Muro de Berlim, haja vista que *En efecto una integración limitada a unos poços* países no permitiría hacer frente a los retos que plantea el proceso de integración en un mundo globalizado. Singularmente, la situación generada en Europa a partir de la caída del Muro de Berlín, convertía la ampliación en obligada. Pero, al mismo tiempo, la ampliación progresiva de la esfera territorial desde los seis Estados miembros iniciales a los 27 actuales exige una intensificación de La unión política, a través de mecanismos constitucionales, como único modo de hacerla operativa, ya que las técnicas diseñadas inicialmente para un número reducido de Estados resultan insuficientes. (*Ibid*., p. 219).
[245] Sobre o ponto, não há como responder nesta quadra da história se a crise de 2008 foi ou não um verdadeiro *momento constituinte*, porquanto, como antes afirmado, o Poder Constituinte nem sempre é percebido de imediato. Ele não necessariamente tem que conduzir a um processamento

(?) constituinte que estão vivenciando. Nesse sentido, Gomes Canotilho246 anota que

> A este propósito, penso que as Constituições nacionais, agrade-nos ou não esta ideia, estão hoje em rede. Em termos de inter-organizatividade, elas vêm "conversando" com outras Constituições e com esquemas organizativos supranacionais, vão desbancando algumas normas, alguns princípios das próprias Constituições nacionais. Neste aspecto, pode falar-se de fraqueza das Constituições nacionais: quem passa a mandar, quem passa a ter poder são os textos internacionais. Mas a directividade programática permanece, transferindo-se para estes.

A ratificação do Tratado de Lisboa em dezembro de 2009 por todos os 27 Estados-membros pode ser considerado um sintoma de uma tentativa de arrefecimento desse período histórico iniciado em 2008. Resta, então, para os objetivos deste artigo, verificar se a constitucionalização do Direito das gentes, notadamente no contexto da União, foi uma emanação do Poder Constituinte originário, que, portanto, inaugurou uma nova ordem constitucional, agora sob o a peculiaridade de ser supranacional, ou se ainda é cedo para tal afirmação.

Com efeito, em Habermas[247] verificamos que uma das inovações da constitucionalização do Direito das gentes, como referido no primeiro capítulo, foi a divisão do Poder Constituinte entre os cidadãos da União e os povos europeus. Para ele[248]

> A comunidade formada pelo Tratado Internacional se transformou em uma União Política por tempo indeterminado. Com a introdução de uma cidadania própria da União, com a referência explícita a um interesse europeu pelo bem comum e com o reconhecimento da

constituinte; melhor dizendo, ele pode ter um momento de ruptura e não ter uma constituição que garanta juridicamente esse momento de ruptura. Na referida aula ministrada por Hugo Gusmão, surgiram alguns exemplos de *momentos constituintes* na história mundial, a saber: a) a Declaração de independência dos EUA; b) a Constituição norte-americana; c) o 11 de setembro de 2001 (atentado às Torres Gêmeas, nos EUA); d) a queda do muro de Berlim; e) o último discurso de Nicolau Ceaucescu, que desaguou na sua morte (a partir daí a Romênia entra num processamento constituinte); e e) a morte do ditador Franco em 1975.

[246] CANOTILHO, J.J. Gomes. In: **Canotilho e a Constituição Dirigente**. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho (Org.). Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 15.

[247] HABERMAS, *op. cit*., p. 65.

[248] *Ibid.*, p. 67-68.

> União como personalidade jurídica própria, os tratados se tornaram a base de uma comunidade politicamente constituída. Diante da constituição democrática de uma Federação nacional, o nome "tratado constitucional" pode, no entanto, sinalizar a situação particular de que a União Européia que ser entendida como uma comunidade *supraestatal*, sem deixar de ser democraticamente constituída (e, do mesmo modo, legítima). A União partilha o caráter supraestatal com as federações das era pré-democráticas, com os Antigos Impérios e com as uniões de cidades-Estado; mas, diferentemente das confederações clássicas, a construção da União deve satisfazer inequivocamente os princípios democráticos. Dessa perspectiva, em um tom declamatório os artigos 9 a 12 do Tratado de Lisboa não deixam a desejar.

Com efeito, três[249] são os fatores que caracterizam o Poder Constituinte como sendo originário, a saber: a inicialidade, a titularidade e o povo. Quanto ao primeiro fator, para a incidência do Poder Constituinte originário deve haver um evento político capaz de mobilizar toda uma coletividade que, decidindo romper com a realidade passada, funda um novo corpo político. Apesar do fato de que, como exposto ao longo deste artigo, a Europa tenha, de fato, uma Constituição (ainda que com outra roupagem), a realidade pretérita se mantém, vale dizer, os Estados-membros permanecem com sua soberania (ainda que mitigada), possuem a utilização legítima do poder e ainda garantem as liberdades civis e políticas dos cidadãos dos Estados.

É sobre essa primeira característica que Hugo Gusmão afirma que

> Em relação à característica de inicialidade, no âmbito supraestatal, ainda não assomou um evento político capaz de mobilizar uma coletividade que ganha consciência de si mesma e decide fundar um novo corpo político, rompendo, simultaneamente, com uma realidade pretérita. Neste sentido, sequer o Tratado de Roma de 2004 representou um divisor de águas capaz de instaurar a incomunicabilidade político-jurídica entre uma realidade passada e outra atual.
> Historicamente, o exercício do poder constituinte originário, embora mitigado formalmente, sempre esteve marcado pela consciência do ato político que se levava a cabo. A experiência histórica indica que o

---

[249] Para os objetivos deste artigo, utilizar-se-á apenas três categorias teóricas do Poder Constituinte, deixando de lado outras que poderiam ser aqui citadas.

> poder constituinte, como evento político, tem um caráter inequívoco. Não é o caso europeu. Não há uma intenção declarada de fundar uma nova ordem política, estruturada através de uma Constituição, baseada numa ruptura com o passado. Por esta singela razão, ao comparar o processo de aprovação do Tratado de Roma de 2004 com o exercício de um poder constituinte originário, Francisco Balaguer Callejón só aponta a configuração de tal ruptura, no âmbito europeu, num sentido amplo ou genérico, relativo ao resultado e apenas parcialmente, no que concerne a seu processo de elaboração[250].

A verificação da titularidade[251] encontra ainda maiores dificuldades.

Quem seria o titular do Poder Constituinte originário supranacional? O atual ambiente da UE permite afirmar que processo de integração provocou a perda de sincronia entre as instituições políticas efetivas e a possibilidade de representação democraticamente legítima, apta a viabilizar o controle destas instituições por parte dos cidadãos europeus, de sorte que num âmbito supranacional, o *déficit* democrático fundamenta-se na deficiência estrutural em refletir adequadamente a vontade popular e na inexistência de um ambiente apto a gerar formas de manifestação desta vontade[252] [253].

---

[250] GUSMÃO. Hugo Cesar Araújo de. **Poder de reforma da Constituição Estatal num contexto supranacional. O caso europeu**. *In.* Revista NEJ - Eletrônica, Vol. 15 - n. 1 / jan-abr 2010, p. 132-133.

[251] O mesmo Hugo Gusmão, agora em outro estudo, consigna que *Tendo sido criada no momento das* rupturas revolucionárias do final do Século XVIII, a Teoria do Poder Constituinte assimila com perfeição a transição de poder político que se desloca da figura do Rei, para uma entidade despersonalizada, e traduz essa assimilação no dilema acerca da titularidade, que preocupava teóricos de antanho, como Rousseau (1969) e Sieyés (1973), e que, hodiernamente, apesar de se encontrar pacificada em termos formais, ainda é objeto de deliberação de constitucionalistas respeitáveis. Não obstante, hoje a opção clara é pela atribuição da titularidade do Poder Constituinte ao povo. Böckenförde (2000: p. 163, 165), chega inclusive a vincular a própria idéia de Poder Constituinte a essa concepção plural acerca da titularidade, ao salientar: "(...) el concepto de poder constituyente es, por su origen y contenido, un concepto democrático y revolucionario, que solo tiene su lugar en conexión con una teoría de la Constitución democrática. (...) El poder constituyente ES conceptualmente poder constituyente del pueblo." Para delimitar, com maior precisão, este titular, a lição de Canotilho (2002: p. 65, 66), em consonância com a essência da argumentação de au- tor alemão, é bastante válida: "(...) hoje, o titular do poder constituinte só pode ser o povo, e que o povo na actualidade, se en- tende como uma grandeza pluralística formada por indivíduos, associações, igrejas, comunidades, personalidades, instituições, veiculadores de interesses, idéias, crenças e valores, plurais, convergentes ou conflitantes." (GUSMÃO. Hugo Cesar Araújo de. Poder Constituinte: uma categoria ainda válida em nossos dias? *In:* **Revista Brasileira de Direito Constitucional (RBDC): Revista do Programa de Pós-Graduação *Lato Sensu* em Direito Constitucional**. Escola Superior de Direito Constitucional (ESDC) – São Paulo: ESDC, 2005. n. 6, p. 95-118).

[252] *Ibid*., p. 133.

E se há algo que parece não haver entendido os que promoveram a consecução do Tratado de Lisboa, registra Balaguer Callejón[254], é que justamente a conexão entre estatalidade e constitucionalidade obriga a União Europeia a articular de modo democrático sua estatalidade mediante o aprofundamento em sua constitucionalidade.

Hugo Gusmão[255] adverte, sobre o ponto acerca da manifestação de vontade popular, que

> Embora nos Estados-Membros produzam-se formas de consultas à população através de referendos relativos a temas da integração europeia, não se pode apontar, nesta hipótese, a manifestação de uma vontade popular europeia como o resultado da consulta condicione, de forma isolada, cada realidade nacional específica. Para falar de uma autêntica vontade popular europeia e não de uma vontade popular espanhola, alemã ou francesa, em relação a temas europeus, cabe que todo processo de consulta popular seja uniformemente aplicável a todos os Estados que componham a União, através das instituições europeias, e que seu resultado possa submeter mesmo os Estados-Membros cuja população tenha se manifestado massivamente de forma contrária ao posicionamento majoritário[256].

Nada obstante, há ainda um dado de fundamental relevo. É que houve, sob o ponto de vista formal, um importante retrocesso na firmação do Tratado de Lisboa. No processo de ratificação do Tratado, somente a Irlanda submeteu a questão a

---

[253] Nessa medida, Gusmão entende que O reconhecimento da existência de um poder constituinte originário europeu, por outro lado, deveria pressupor a resolução do problema da titularidade no âmbito supraestatal. E o fato é que esta característica, que é um dos pontos nevrálgicos da Teoria do Poder Constituinte, não encontra um discurso apropriado no âmbito europeu. A Europa integrada, embora composta por Estados nos quais a democracia apresenta-se como uma característica praticamente indissociável da esfera política, hodiernamente não representa um espaço autêntico de instituições e de práticas plenamente democráticas. Com a gradativa transferência de competências, de uma esfera estatal para outra supranacional, o processo de integração provocou a perda de sincronia entre as instituições políticas efetivas e a possibilidade de representação democraticamente legítima, apta a viabilizar o controle destas instituições por parte dos cidadãos europeus. Entretanto, o debate condiciona-se não só pela adaptação do contexto institucional comunitário aos cânones da representação democrática, mas também pela impossibilidade, até o momento, de perceber o advento de uma opinião pública que transcenda as fronteiras dos Estados-Membros. (Idem).

[254] CALLEJÓN, *op. cit*., p. 241.

[255] Idem.

[256] *Ibid*., p. 141.

referendo popular, sendo, ainda mais, que o resultado foi negativo (dando lugar a uma segunda consulta). Nessa perspectiva, Balaguer Callejón[257] evidencia que

> Desde el punto de vista formal, sin embargo, el retroceso es importante. El intento de aproximación del Tratado Constitucional a procedimientos más cercanos a un modelo constitucional en la formulación de las normas fundamentales de la Unión, se ha visto claramente desautorizado por la forma en que se ha elaborado y aprobado el Tratado de Lisboa, a través de negociaciones entre los Estados y dejando a un lado completamente a la ciudadanía. El desplazamiento de la ciudadanía ha terminado por completarse en el proceso de ratificación, ya que Irlanda ha sido el único Estado que ha sometido el Tratado de Lisboa a referéndum. El resultado negativo de ese referéndum celebrado en 2008 y el hecho de que hubiera que convocar un segundo referéndum en 2009 (con resultado positivo, en este caso) no han ayudado nada a la legitimación del Tratado.

Por fim, quanto à existência de um *povo europeu*, não obstante a visão antes referida acerca da divisão entre os cidadãos dos Estados-membros e do povo da UE, é certo que, a rigor, não se pode afirmar que a comunidade europeia possui um povo nos moldes em que se necessita para a caracterização de um originário Poder Constituinte. Há uma impossibilidade de configuração de elementos como unidade étnica, idiomática ou cultural. A realidade que o processo de integração revela é essencialmente plural. A sensação de que não se pertence a uma coletividade europeia, a dificultosa criação de um espaço público em que seja possível o nascimento de uma vontade popular comum, a imaturidade, falta de coesão e coerência relativas a um projeto político definido ao longo do processo de integração, são alguns dos fatores mais importantes que evidenciam a inexistência de um povo europeu[258].

Nesse sentir, Gusmão, ao tratar de impossibilidade de se configurar, pelo menos neste momento, um *povo europeu*, aduz que

> É bem possível que, após o Tratado de Maastricht, estes fatores tenham sido mitigados em prol da criação de uma identidade comum européia, no entanto, não se pode deduzir, na atualidade, que os distintos povos europeus compartilhem uma identidade baseada nos pressupostos antes assinalados. A suposta manifestação de um

---

[257] CALLEJÓN, *op. cit.*, p. 241.
[258] GUSMÃO, *op. cit.*, p. 133.

> poder constituinte originário europeu encontra, na titularidade, portanto, um obstáculo de difícil superação em face das duas questões correlatas, embora não reciprocamente condicionantes: a falta de um povo europeu e a deficitária representação política num âmbito supranacional. O poder constituinte originário segue, portanto, como um atributo não cedido pela soberania estatal. Sua abordagem, no âmbito comunitário, ademais, impõe, ao menos atualmente, um método equivocado para a análise de um objeto de estudo.
> Em contato com a dinâmica do processo de integração, elementos como Estado, Constituição, soberania e supremacia normativa modificam-se completamente ou perdem seu significado. No entanto, isto não significa que o poder constituinte, como categoria, não possa se relacionar com elementos teóricos advindos da integração comunitária. O que se justifica, não só porque tal integração manifesta uma dimensão eminentemente jurídica, mas também porque tal fenômeno afeta, e se vê afetado, pela Constituição nacional.

O que se pode afirmar é que, no âmbito da UE, há um Poder Constituinte derivado *sui generis*, donde há um poder de reforma supranacional por intermédio de uma delegação dos Estados-membros. Sendo o poder de reforma um mecanismo limitado de apropriação, por parte do povo que integra um corpo político, do futuro de seu legado constituinte, não parece que reste outra saída que não seja a de concluir que, para compatibilizar o avanço do processo de integração com o controle democrático exigido pela sua complexidade e pelo seu impacto, caberá avançar no sentido de reconhecer uma nova modalidade de Poder Constituinte derivado, através de uma cessão, ainda que parcial, do poder de reforma, a instâncias supranacionais[259], mas que deve ser objeto de pesquisa especifica, a qual não se propõe nos modestos limites deste artigo.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A verdade, reiterada por Hannah Arendt no contexto da Revolução Copernicana de que *no son las ideas, sino los hechos, los que cambiam el mundo* é adequada de forma particular ao Poder Constituinte, o qual necessita de uma origem

---

[259] *Ibid*., p. 136.

fática para se afirmar no universo político[260]. É dessa origem que carece, pelo menos no atual momento, a constitucionalização da UE. O fundamento de validade da Constituição Europeia não se retira de um (inexistente) Poder Constituinte originário, porquanto a hipótese em que se manifestaria este fenômeno seria por intermédio de uma Constituição que ultrapassasse as realidades constitucionais de cada um dos 27 Estadosmembros[261].

Enquanto os Estados-membros mantiverem o monopólio da força legítima, transferindo os direitos de soberania para a União tão somente de forma individual, episódica e limitada, esta poderá se apoiar somente em um componente de organização comparativamente fraco. A Comissão Europeia deixa ao critério da administração dos Estados a "transposição" do direito da UE. E, pelo fato de que a própria UE não forma um caráter estatal, seus cidadãos não desfrutam em sentido estrito da condição de cidadãos do "Estado Europeu"[262].

É verdade, todavia, que há uma evidente estrutura constitucional, de caráter material, no âmbito comunitário, a qual engloba os tratados comunitários e a própria jurisprudência do Tribunal de Justiça Europeu[263], que, malgrado ainda não tenha culminado numa Constituição europeia propriamente dita, pode ser um sintoma a apontar neste sentido, fazendo com que haja, futuramente, uma nova reflexão acerca do Poder Constituinte originário do "Estado Europeu".

## REFERÊNCIAS


ACKERMAN, Bruce. Nós, o povo soberano. Fundamentos do Direito

Constitucional. Trad. Mauro Raposo de Mello. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.


---

[260] GUSMÃO, Hugo César Araújo de. A posse ad esse: uma análise dos pressupostos históricoconceituais do poder constituinte enquanto fato político e categoria científica *In*: ALMEIDA FILHO, Agassis; NOVELINO, Marcelo. **Leituras Complementares de Direito Constitucional:** Teoria do Estado. Salvador: Jus Podivm, 2009, p. 102.
[261] GUSMÃO*, op. cit*., p.135.
[262] HABERMAS, op. cit., p. 66.
[263] GUSMÃO, op. cit., p. 136.

AGAMBEN, Giorgio Homo Sacer. O poder soberano e a vida nua. 2 ed. Belo Horizonte: UFMG, 2002.

CANOTILHO, J.J. Gomes. In: Canotilho e a Constituição Dirigente. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho (Org.). Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

CALLEJÓN, Francisco Balaguer (Coord.). Manual de Derecho Constitucional. Vol. I. Madrid: Tecnos, 2010.

CASTELLANO, Danilo. Constitución y Constitucionalismo. Madrid: Marcial Pons, 2013.

GUSMÃO. Hugo Cesar Araújo de. Poder Constituinte: uma categoria ainda válida em nossos dias? *In:* Revista Brasileira de Direito Constitucional

(RBDC): Revista do Programa de Pós-Graduação *Lato Sensu* em Direito Constitucional. Escola Superior de Direito Constitucional (ESDC) – São Paulo: ESDC, 2005. n. 6.

______. Reforma Constitucional y Globalización. Aula ministrada em 04.06.2013 no programa de mestrado em Direito Constitucional Europeu da Universidade de Granada em convênio com o Instituto Brasiliense de Direito Público.

______. A posse ad esse: uma análise dos pressupostos histórico-conceituais do poder constituinte enquanto fato político e categoria científica *In*: ALMEIDA FILHO, Agassis; NOVELINO, Marcelo. Leituras Complementares de Direito Constitucional: Teoria do Estado. Salvador: Jus Podium, 2009.

______. Poder de reforma da Constituição Estatal num contexto supranacional. O caso europeu. *In.* Revista NEJ - Eletrônica, Vol. 15 - n. 1 / jan-abr 2010 HABERMAS, Jurgen. Sobre a Constituição da Europa. Trad. Denilson L.

Werle, Luiz Repa e Rúrion Melo. São Paulo: Unesp, 2012.

MANSILLA, Isabel Turégano. A vueltas con la noción de soberanía: reflexiones sobre la contribuición de Ernesto Garzón Valdés. DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 30 (2007).

NEGRI, Antonio. O poder constituinte. Ensaio sobre as alternativas da modernidade. Trad. Adriano Pilatti. Rio de Janeiro: DPeA Editora, 2002.

# UMA CONSTITUIÇÃO PARA A UNIÃO EUROPEIA

**Monique Elba Marques de Carvalho Sampaio de Souza**[264]

## INTRODUÇÃO

A formação de blocos regionais e continentais surgiu como uma reposta aos impactos da globalização econômica, a qual, além de ter gerado a desnacionalização das economias, a alta competitividade do comércio e a volatilidade do capital financeiro, praticamente obrigou os Estados europeus a buscarem uma alternativa conjunta.

A necessidade de reconstrução e o anseio do estabelecimento de condições e de políticas conjuntas entre os Estados – para que pudessem manter vivas suas economias em um mercado global altamente competitivo – desencadearam uma nova concepção de relacionamento entre os Estados, tornando possíveis os processos de colaboração e de integração que hoje se espalham pelo mundo.

Pode-se dizer que o estágio alcançado pela integração da Europa consolidou-a como um referencial teórico e prático para os demais países. O advento da União Europeia, marcada pelo princípio da subsidiariedade na repartição de competências funcionais, permitiu a transferência parcial de determinados poderes a órgãos comunitários (que, no entanto, não possuem o caráter de Estado soberano), fato inédito na teoria política até então, consensualmente marcada pela ideia de inalienabilidade da soberania estatal.

Esse processo de integração tem forçado muitos países a abdicarem de seus projetos políticos clássicos, intimamente ligados à ideia de um Estado-nação forte e integrado, que mantém resoluto o monopólio da soberania interna e externa na tomada de decisões.

Assim, o presente artigo visa analisar se a transferência de competências dos Estados nacionais aos órgãos comunitários seria uma repartição das soberanias em

---

[264] Analista Judiciária –Área Judiciária do Superior Tribunal de Justiça, pós-graduada em Direito Penal e Processual Penal pelo Centro Universitário de Brasília e mestranda em Constituição e Sociedade pelo Instituto Brasiliense de Direito Público.

prol do ente comunitário e se, em caso afirmativo, a criação de uma Constituição Europeia seria um documento legítimo para instrumentalizar esse processo.

## 1. ANTECEDENTES – O PROCESSO HISTÓRICO DA INTEGRAÇÃO

Segundo Martín e Nogueras, “Europa comienza a tener conciencia de sí mesma a partir del siglo XVI, con la aparición del Estado moderno, liberado de la tutela del Imperio y del Papado.”[265] Pode-se dizer que a gênese do europeísmo e a sua própria essência situam-se na Idade Moderna.

Casella defende que, para que se possa compreender a formação e a evolução da União Europeia, é necessário levar em conta o exato contexto em que elas ocorreram. Nesse sentido, ele elabora o panorama histórico em que nasceu a União Europeia:

> A formação e evolução da CE, suplantando tentativas concomitantes, como o Conselho da Europa – representa uma das mais bem-sucedidas empreitadas de integração regional realizadas até hoje -, deve, contudo, ser inserida no contexto geográfico-histórico-político-econômico-social-cultural uitíssimo específico da Europa Ocidental, no imediato pós-guerra, no momento da formação dos blocos, por meio dos quais se manifestou e cristalizou a guerra fria, e onde intervém injeção maciça de recursos, sob a forma do Plano Marshall, atuando a partir de bases sociais e culturais de consciência e solidez comparativamente maiores do que quaisquer outras regiões.[266]

O substrato teórico que culminou, pois, no projeto de elaboração de uma Constituição Europeia é resultado de um intenso e complexo processo de integração, que se desenvolveu com maior ênfase após a Segunda Guerra Mundial.

---

[265] MARTÍN, Araceli Mangas; NOGUERAS, Diego J. Liñán**. Instituciones y Derecho de La Unión Europea**. Séptima Edición. Editorial Tecnos, 2007, p. 27.
[266] CASELLA, Paulo Borba**. União Européia:** instituições e ordenamento jurídico. LTR, 2002, p. 52-53.

Martín e Nogueras consideram que "Después de 1945, Europa ya no era la misma. De la pugna entre nacionalismos, la superviviente fue una Europa ideológicamente amputada de su mitad oriental, bajo el dominio soviético, y moralmente rota por los horrores de la guerra."[267] Eles acrescentam que "las divisiones políticas y la penuria económica hacían temer la persistencia de los particularismos, agravándose los desequilibrios por fundados temores de nuevos enfrentamientos armados."

A globalização e a democratização que se desevolveram desde os anos cinquenta do século XX contribuíram para a tranformação de poder político que os Estados europeus antes exerciam. No plano interno, pode-se dizer que essa transformação se manifesta através de uma normatividade da Constituição e do estabelecimento de controles jurídicos ao poder estatal. Segundo M. Kriele, os Estados já não podem mais exercer soberania no plano interno, porque todos os poderes estatais estão submetidos ao marco jurídico estabelecido pela Constituição.[268] Já no plano externo, o processo de globalização situa os Estados em uma posição de debilidade frente a outros agentes, especialmente frente a grandes companhias multinacionais.[269]

Assim, pode-se dizer que esse processo de integração europeia, propiciado pelos Estados Unidos da América por meio do Plano Marshall, teve início em 1950, cinco anos após o término da Segunda Guerra, com a declaração de Robert Schuman (na época ministro francês das Relações Exteriores), que propugnava pela construção de uma Europa integrada, por meio da união política e econômica dos países.

Os governos europeus, impulsionados a evitarem que se repetisse uma nova guerra mundial, chegaram à conclusão de que a colocação em comum da produção de carvão e de aço iria tornar a guerra entre a França e a Alemanha, países historicamente rivais, não só impensável, mas materialmente impossível.

---

[267] MARTÍN, Araceli Mangas; NOGUERAS, Diego J. Liñán. **Instituciones y Derecho de La Unión Europea**. Séptima Edición. Editorial Tecnos, 2007, p. 27

[268] KRIELE, M. **Introducción a la Teoría del Estado**. Buenos Aires: Depalma, 1980.

[269] VILLAR, Gregorio Cámara; AGUILAR, Juan Fernando López; CALLEJÓN, María Luisa Balaguer; MARTOS, José Antonio Montilla. CALLEJÓN, Francisco Balaguer (coord.). **Manual de Derecho Constitucional**. Vol. I. Quinta Edición. Editorial Tecnos, 2010, p. 203.

Na Declaração Schuman, propunha-se a criação da Comunidade Europeia do Carvão e do Aço (CECA)[270], com o objetivo de se instituir um mercado comum para coordenar a produção franco-alemã de carvão e de aço, recursos estrategicamente importantes para a reconstrução da Europa devastada. Ou seja, um dos pilares básicos da CECA era o estabelecimento de um mercado comum, com objetivos comuns e instituições dotadas de poderes efetivos e imediatos. A ideia era a de que a fusão dos interesses econômicos contribuiria para melhorar o nível de vida e constituiria o primeiro passo para uma Europa mais unida. Assim, em 18 de abril de 1951, em Paris, foi assinado o tratado que instituiu a CECA, o qual entrou em vigor em 23 de julho de 1952.

Para Martín e Nogueras, “La puesta en común de la producción aseguraría inmediatamente el establecimiento de bases comunes de desarrollo económico, primera etapa de la Federación europea.”[271] Portanto, a inspiração política desse processo era evidente, podendo-se dizer que ele inclusive estimulou um novo espírito de convivência de solidariedade na Europa Ocidental.

Com a criação da Comunidade Europeia do Carvão e do Aço, concretiza-se a primeira grande realização de uma Europa supranacional. Martín e Nogueras inclusive consideram que “La Comunidad Europea del Carbón y del Acero fue la primera de las tres Comunidades y, si se tiene en cuenta la dificil situación de la época, la más ambiciosa políticamente”.[272]

Pela primeira vez, os seis Estados membros dessa organização renunciaram – embora num domínio restrito, é certo – uma parte de sua soberania em prol da Comunidade.

Já em março de 1957, foram assinados em Roma dois tratados: o primeiro instituiu a Comunidade Econômica Europeia (CEE) e o segundo, a Comunidade

---

[270] A CECA foi a primeira de uma séria de instituições europeias supranacionais que deu origem à atual União Europeia. Os países fundadores foram: França, Alemanha, Itália, Países Baixos, Bélgica e Luxemburgo.

[271] MARTÍN, Araceli Mangas; NOGUERAS, Diego J. Liñán**. Instituciones y Derecho de La Unión Europea**. Séptima Edición. Editorial Tecnos, 2007, p. 32.

[272] MARTÍN, Araceli Mangas; NOGUERAS, Diego J. Liñán**. Instituciones y Derecho de La Unión Europea**. Séptima Edición. Editorial Tecnos, 2007, p. 30.

Europeia de Energia Atômica (CEEA ou EURATOM). A CEE tinha um caráter mais abrangente, cujo objetivo era “estabelecer os fundamentos de uma união cada vez mais estreita entre os povos europeus”, conforme anunciava o próprio preâmbulo. Esse tratado previu a criação de um marcado comum, de uma união aduaneira, de políticas comuns, inclusive especificando as ações que a Comunidade deveria empreender para levar a cabo tal intento. A EURATOM, por sua vez, tinha por finalidade fomentar a cooperação no desenvolvimento e utilização da energia nuclear (atômica) para fins pacíficos.

Essas comunidades, na verdade, assumiram características próprias, mantendo os seus órgãos uma relativa independência frente aos Estados membros. Conforme defende Quermonne, no contexto do mercado comum, surgiu um “método comunitário”, o qual mescla elementos de supranacionalidade e de intergovernamentabilidade.[273]

Esse novo sistema normativo sustentou, pois, a adoção de políticas comuns aos Estados membros, o que se traduziu numa harmonização dos ordenamentos jurídicos internos e numa uniformidade na tomada de decisões, assegurada a primazia das normas comunitárias sobre o direito nacional.

Em fevereiro de 1992, foi firmado o Tratado de Maastricht, na Holanda, o qual constituiu uma nova etapa da integração europeia, uma vez que permitiu o lançamento da integração política. Vale dizer, a realização de um mercado comum (objetivo inicial da Comunidade) adquiriu claramente uma dimensão política.

Esse tratado criou a União Europeia, estruturada a partir de três pilares: a) entrosamento institucional da CEE e da Euratom, reunindo as competências concernentes à dimensão comunitária; b) Política Externa e Segurança Comum (PESC), prevista no Título V do Tratado da União Europeia, que, entre outros objetivos, visou à salvaguarda de valores fundamentais ao interesse da União Europeia, como a democracia e os direitos humanos; c) Justiça e Assuntos Internos (JAI), prevista no Título VI do Tratado da União Europeia, com a finalidade de criar

---

[273] QUERMONNE, Jean-Louis. **A França e a construção européia**. In: EMBAIXADA da França no Brasil. Brasília: 2001. Disponível em <http://www.france.org.br/abr/imagesdelafrance/Formato%20PDF/europa.pdf>. Acesso em: 25.jun.2013.

uma liberdade de circulação das pessoas, prevendo simultaneamente medidas de acompanhamento da política de imigração, bem como a cooperação policial e judiciária em matéria penal. A União deveria levar a cabo uma ação conjunta para proporcionar aos cidadãos um nível elevado de proteção em um espaço de liberdade, segurança e justiça.

Além disso, o Tratado de Maastricht fixou políticas financeiras, promoveu a adoção de uma moeda única (o euro)[274] e aumentou as funções do Parlamento Europeu.

A grande importância do Tratado de Maastricht é que, pela primeira vez, o fator econômico cedeu espaço a preocupações de cunho social e cultural. Segundo Vieira *et al.*11, a assinatura do Tratado significou também um reforço considerável aos poderes políticos dos organismos comunitários. Houve a introdução sistemática do princípio da subsidiariedade, estabelecendo uma coordenação direta entre a legislação comunitária, que se converte em obrigação para todos os Estados membros, e as respectivas legislações nacionais.

Habermas assevera que a necessidade de integração se desenvolverá muito além de uma comunidade econômica funcional. Para ele, especialmente após a assinatura do Tratado de Maastricht, a manutenção de uma Europa politicamente unida prescindirá da tomada de decisões conjuntas no campo político, inclusive na política social, que se tornarão obrigatórias para todos. Para que isso seja alcançado, o autor considera ser necessária uma consciência de cooperação e de solidariedade pela qual os europeus possam se identificar reciprocamente como cidadãos[275].

**2.1 Dificuldades do processo de integração**

As inovações trazidas pelo Tratado de Masstricht não foram aceitas com tranquilidade por muitos países. Do difícil processo de ratificação, sobreveio um

---

[274] A moeda unificada foi instaurada em todos os países membros, com exceção da Grã-Bretanha, Suécia e Dinamarca – os dois últimos países aderiram à União Europeia depois do Tratado de Maastricht e optaram por não aderir à união econômica e monetária.
11 VIEIRA, José Ribas (org.). **A Constituição Europeia**: o projeto de uma nova teoria constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
[275] HABERMAS, Jürgen. **A Constelação Pós-Nacional**: ensaios políticos. São Paulo: Littera Mundi, 2001.

período de menor vontade política dos governos, que, embora embalados pela assinatura dos Tratados de Amsterdã e de Nice, acenavam para uma preocupação com o alargamento do bloco.

Muitas questões institucionais ainda eram uma incógnita. O direito europeu era uma delas. Formado por um emaranhado de tratados e de protocolos, o direito europeu mostrava-se um obstáculo quase intransponível ao cidadão comum. Além disso, outros fatores permaneciam sem resposta, como a questão da personalidade jurídica – atualmente, a União Europeia não tem personalidade jurídica explícita, ao passo que a Comunidade Europeia, que faz parte da Europa como o primeiro pilar, é sujeito de direito internacional.

Daí resulta uma certa confusão acerca do sistema europeu, tanto nas relações com os Estados que não são membros da União Europeia quanto entre os próprios europeus. Não obstante, "boa parte da doutrina comunitária considera que se trata de uma falsa questão, pois, embora desprovida de atribuição formal de personalidade, o mero raciocínio lógico indica a dificuldade de conceber a União sem identificá-la como sujeito de direito."[276]

Um ano após o Tratado de Nice (2001) e a Declaração de Nuci, que propuseram a prossecução da reforma institucional para além dos resultados obtidos com a Conferência Integovernamental de 2000, o Conselho Europeu reuniu-se em Laeken (Bruxelas) e, em 15 de dezembro de 2001, adotou uma declaração "respeitante ao futuro da Europa", também denominada de Declaração de Laeken, por meio da qual a União Europeia comprometia-se a ser mais democrática, transparente e eficaz. No plano interno, buscava-se, portanto, aproximar as instituições europeias do cidadão; numa projeção externa, ressaltava o papel do modelo de integração europeia como estabilizador da paz em nível mundial e como referência para os demais países.

Com esse espírito, a Declaração de Laeken propugnava a convocação de uma Convenção (órgão consultivo formado por representantes europeus e

---

[276] VENTURA, Deisy de Freitas Lima. **Crítica ao anteprojeto de Constituição Européia "Constituição Parcial":** A Convenção como Modesto Laboratório do Constitucionalismo Supranacional. Revista de Integração Latino-Americana, ano 1, n. 01, Santa Maria: Mila, 2004, p. 190-191.

nacionais) para discutir os tratados vigentes e preparar um texto que substituísse os tratados europeus existentes, abrindo caminho para a elaboração de uma constituição escrita.

Os trabalhos da Convenção tiveram início em março 2002 e foram concluídos em junho de 2003. Após mais de um ano de debates, chegou-se ao consenso sobre a apresentação ao Conselho Europeu de um Projeto de Tratado por meio do qual se estabelece uma Constituição para a União Europeia. A constituição deverá ser ratificada pelo Estado membro, de acordo com os respectivos processos de internacionalização, para somente então entrar em vigor.

Martín e Nogueras registram que "A partir de su firma se abrió um largo debate interno y ratificación parlamentaria en los veinticinco Estados miembros de la UE. Así, en España fue aprobado en referéndum el 20 de febrero de 2005, en el que hubo una baja participación popular del 42 por 100 de la población censada; también fue aprobado en referéndum en Irlanda y Luxemburgo."[277]

Pode-se dizer que o tratado que "estabelece uma constituição para a Europa" é um marco histórico para o constitucionalismo moderno. Com a perspectiva de ampliação da comunidade, a proposta de uma Constituição para a Europa assume a função de viabilizar a própria administração do bloco.

## 3. CONSTITUIÇÃO OU TRATADO?

O debate constitucional sobre a Europa deve situar-se necessariamente em um contexto atual das condições sociais e políticas da União Europeia.

Villar *et. al.* lembram que "una sociedad no se dota de una auténtica constitución sólo con voluntad política, pues tienen que darse las condiciones de desarrollo social, político y jurídico que hagan posible la formulación de una norma que pueda configurarse como el centro del ordenamiento jurídico y de la comunidad

---

[277] MARTÍN, Araceli Mangas; NOGUERAS, Diego J. Liñán. **Instituciones y Derecho de La Unión Europea**. Séptima Edición. Editorial Tecnos, 2007, p. 43.

política que va a regir."[278] Na sequência, os autores ponderam que, atualmente, essas condições não existem, uma vez que ainda não há nos diversos países europeus um mercado unitário regido por condições econômicas equivalentes; não existe um espaço social, cultural e político comum, tampouco uma homogeneidade constitucional de base que impulsione uma ideia comum de constituição plasmada em um texto constitucional operativo, como os que existem nos países europeus.

Levando em consideração que as transformações produzidas nos últimos anos – como os processos de ampliação e a necessidade de se dar uma resposta ao acelerado processo de globalização –, tem-se como indiscutível que os Estados podem seguir pensando em manter uma estrutura supranacional que reforce seus poderes no âmbito interno e lhes permita manter-se como agentes essenciais desse processo de integração.

Não obstante as críticas ao processo de integração europeia, há certo consenso entre os estudiosos de que o direito comunitário se assemelha a um processo de constitucionalização.[279]

Antes de se adentrar acerca da possibilidade de se instituir uma Constituição Europeia, faz-se necessário tecer algumas considerações acerca do conceito de constituição.

A palavra "constituição" dá margem a uma pluralidade conceitual, daí a dificuldade de se apresentar uma definição precisa do que seria constituição. O termo não possui uma definição única justamente porque o conceito vai depender do enfoque que se dá à expressão.

Segundo Miguel Reale, constituição é "a lei fundamental mediante a qual são estruturados a sociedade civil e o Estado, mediante a fixação dos direitos essenciais

---

[278] VILLAR, Gregorio Cámara; AGUILAR, Juan Fernando López; CALLEJÓN, María Luisa Balaguer; MARTOS, José Antonio Montilla. CALLEJÓN, Francisco Balaguer (coord.). **Manual de Derecho Constitucional.** Vol. I. Quinta Edición. Editorial Tecnos, 2010, p. 210.

[279] VENTURA, Deisy de Freitas Lima. **Crítica ao anteprojeto de Constituição Européia "Constituição Parcial":** A Convenção como Modesto Laboratório do Constitucionalismo Supranacional. Revista de Integração Latino-Americana, ano 1, n. 01, Santa Maria: Mila, 2004.

ou prioritários dos indivíduos, bem como das funções e limites do poder político, para a realização da justiça social e da paz."[280]

Em um sentido moderno do termo, exigem-se pelo menos alguns elementos, quais sejam, declaração de um conjunto de direitos fundamentais, bem como do respectivo modo de garantia dos mesmos; organização política que possibilite a limitação do poder estatal; legitimação do poder constituinte pelo povo, o único titular capaz de mobilizar a força no sentido de instituir uma lei fundamental.

Hans Kelsen define constituição sob um prisma jurídico, sem pretensões sociológicas, políticas ou filosóficas. Kelsen considera constituição como norma pura, norma hipotética fundamental, cuja função é servir de fundamento lógico-transcendental de validade da constituição jurídico-positiva, que equivale à norma positiva suprema, ao conjunto de normas que regula a criação de outras normas.[281]

Villar *et. al.* sustentam que "La Constitución normativa cumple una función essencial en el ordenamento jurídico que se corresponde con el concepto de Constitución material en el sentido kelseniano de este término: por Constitución hay que entender, ante todo, las normas que regulan la producción de outras normas."[282]

O ponto polêmico acerca do projeto de uma constituição europeia, no qual diverge boa parte da doutrina, diz respeito especialmente ao método adotado no processo de ratificação – a forma de tratado.

A crítica a uma Constituição Europeia é fundamentada, basicamente, na alegada ilegitimidade da Convenção em redigir o texto constitucional, já que os "constituintes" da conferência não foram eleitos democraticamente, ou seja, não estariam aptos a representar a vontade do povo. Em suma, o problema da Constituição não é o seu conteúdo, mas o fato de ela ser redigida sob a forma de tratado, sem demonstração concreta da vontade popular.

---

[280] REALE, Miguel. **Teoria do direito e do estado**. E. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 137.
[281] KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito.** São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 247.
[282] VILLAR, Gregorio Cámara; AGUILAR, Juan Fernando López; CALLEJÓN, María Luisa Balaguer; MARTOS, José Antonio Montilla. CALLEJÓN, Francisco Balaguer (coord.). **Manual de Derecho Constitucional**. Vol. I. Quinta Edición. Editorial Tecnos, 2010, p. 111.

Segundo Ventura, há décadas o Tribunal de Justiça de Luxemburgo já elevava os tratados institutivos da Comunidade Europeia e da União Europeia ao *status* de uma "carta constitucional".

Miranda defende que "só se atingiria um estágio constitucional, só haveria exercício de um poder constituinte a nível europeu se, celebrado um novo tratado, não tivesse de haver unanimidade para a sua aprovação e sua ratificação, podendo ele entrar em vigor, inclusive, em Estados que não o tivessem aprovado ou ratificado."[283]

Para Cunha, "há quem vincule exclusivamente o conceito de Constituição ao de Estado. Para quem segue essa concepção, é fácil concluir que uma Europa com uma Constituição passa a ser um Estado. Ou então, complicando as distinções, dir-se-á que a Constituição Europeia não é uma verdadeira Constituição. Na verdade, não o é, mas certamente não pelo conteúdo, mas pelo procedimento de sua elaboração."[284]

Assim, segundo o referido autor, toda constituição precisa de um poder constituinte originário que legitime o caráter de lei suprema, sendo possível que esse poder se dê mediante representação, como no caso da Constituição Brasileira de 1824. Dessa forma, Cunha considera que essa forma "antidemocrática" seria ilegítima para conferir autenticidade a uma Carta constitucional.

Nesse contexto, Cunha defende que os trabalhos até então realizados na União Europeia, que contaram apenas com a participação dos governos e de pessoas por eles escolhidas, não podem aprovar uma constituição, ainda que haja posterior referendo nos respectivos países. Ainda sobre essa questão, argumenta que:

Uma Conferência intergovernamental (constituída por governos que nem sequer são eleitos diretamente pelos respectivos Povos) não pode aprovar uma Constituição. Mesmo que a referende depois. E até mesmo se a referendasse

---

[283] MIRANDA, Jorge. **Sobre o projecto de tratado "que institui uma Constituição para a Europa".** In: FACULDADE de Direito de Lisboa. Disponível em: www.ste.pt/seminarios/2004/lisboa/docs/jmiranda.pdf Lisboa: 2004, p. 11. Acesso em 26.jun.2013.

[284] CUNHA, Paulo Ferreira da. **Introdução Constitucional à "Constituição Europeia".** Videtur, n. 23. São Paulo: 2003, p. 2.

antes... Embora neste caso houvesse algo mais de legitimidade. Para ficar bem claro: uma Constituição não é um tratado, e um tratado não pode aprovar uma Constituição. Um tratado é coisa de diplomatas, uma Constituição é coisa do Povo e dos seus deputados. O texto que saiu da Convenção não é um tratado, é uma utopia Constitucional, que bem pode passar a realidade – as utopias são realizáveis. Poderá vir a ser ilegitimamente aprovado por tratado, mas isso não faz do texto um tratado. A forma de aprovação – inusitadíssima – é que seria a de tratado.[285]

O referido autor conclui dizendo que a Europa possui uma Constituição em vigor. Contudo, observa que, ao contrário da atual proposta, a "constituição legítima" é de cunho natural, histórico, realizada difusamente, mediante uma série de tratados, sentenças e doutrinas, os quais poderiam, inclusive, ser compilados em um único volume.

No mesmo sentido é o entendimento de Villar *et. al.*, segundo os quais um modelo de integração que está baseado em um déficit democrático estrutural não pode manter-se com caráter permanente. Para eles, os Estados europeus devem aceitar necessariamente um modelo constitucional de integração que permita resolver as deficiências democráticas estatais atuais e que contribua para gerar um espaço plenamente democrático, tanto a nível interno quanto a nível europeu.[286]

Já Canotilho considera que, por um lado, a União Europeia é uma *organização supranacional* fundada em tratados internacionais sem uma constituição própria. Assim, a União Europeia não seria um Estado constitucional soberano. Por outro lado, ele coloca que os órgãos da Comunidade criam direito europeu que vincula os Estados membros, ressaltando que os órgãos executivos da Comunidade derivam a sua legitimação dos governos desses Estados. Por tais razões, não são órgãos de um "Estado europeu" que tenha sido criado por ato de

---

[285] CUNHA, Paulo Ferreira da. **Introdução Constitucional à "Constituição Europeia".** Videtur, n. 23. São Paulo: 2003, p. 5.

[286] VILLAR, Gregorio Cámara; AGUILAR, Juan Fernando López; CALLEJÓN, María Luisa Balaguer; MARTOS, José Antonio Montilla. CALLEJÓN, Francisco Balaguer (coord.). **Manual de Derecho Constitucional**. Vol. I. Quinta Edición. Editorial Tecnos, 2010, p. 206.

livre vontade dos “cidadãos europeus”. É justamente nesse ponto que se insere a crítica do déficit democrático europeu.[287]

D. Grimm entende que o fundamento jurídico de um Estado seria única e exclusivamente a existência de uma constituição, de maneira que, ou a ela preexiste na forma de um tratado, ou não estaria a ponto de avançar rumo a uma constituição. Ainda, considera que a vontade popular é a fonte que possibilita e legitima tanto a constituição quanto o Estado soberano. Assim, referido autor defende que a União Europeia, por possuir o caráter de uma federação de Estados, jamais poderia ter uma carta constitucional, uma vez que é uma mera instituição formada por meio de um tratado. “Não há meio algum de superar essa fratura existente, constituída pelo déficit democrático e também pela inexistência de um povo europeu propriamente dito”.[288]

Ainda, a posição de D. Grimm situa-se em uma análise das condições materiais que dificultam atualmente a construção de uma ordem constitucional europeia equiparável à dos Estados. Villar *et. al.* ponderam que, “Aunque se ha criticado la posición de Grimm por la apelación a la inexistencia de un pueblo europeo, lo cierto es que es preciso reconocer que no hay toadvía una comunidad política europea diferenciada de las estatales.”[289]

Bastos Jr. considera que a Europa nunca teve uma constituição. Esse autor tem como referencial a ideia de crise de identidade entre o Estado e a soberania, haja vista o crescente processo de globalização econômica e consolidação dos blocos regionais. Para ele, a soberania não pode mais ser associada simplesmente à ideia de estabilidade no processo de tomada de decisões.

Em última análise, transmuta-se o sentido clássico para o de soberania constitucional, que se afigura como fonte única de validade das normas estatais e comunitárias, sendo o pressuposto último de validade da própria União Europeia.

---

[287] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998, p. 1221-1222.
[288] GRIMM, Dieter *apud* VIEIRA, José Ribas (org.). **A Constituição Europeia**: o projeto de uma nova teoria constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
[289] VILLAR, Gregorio Cámara; AGUILAR, Juan Fernando López; CALLEJÓN, María Luisa Balaguer; MARTOS, José Antonio Montilla. CALLEJÓN, Francisco Balaguer (coord.). **Manual de Derecho Constitucional**. Vol. I. Quinta Edición. Editorial Tecnos, 2010, p. 213.

Vale dizer, se a União Europeia possui uma autonomia e um aparato institucional próprio (que faz com que suas normas sejam aplicadas imediatamente, muitas vezes até em detrimento ao ordenamento nacional), é justamente porque o tratado que a constituiu passou anteriormente ao crivo do direito constitucional de cada país – a partir do processo de internalização – o que possibilitou, em última hipótese, a concretização do aparato comunitário.

Portanto, Bastos Jr. sustenta que:

> Não se pode afirmar a existência de uma soberania europeia ou de um Estado Europeu e, por via de consequência, de uma Constituição Europeia, pois o requisito último de validade do ordenamento comunitário remonta à autonomia (constituição) dos diferentes Estados contratantes que mantêm incólumes a sua soberania (transformada em soberania constitucional) (...) Sendo os tratado de integração e suas revisões subsequentes espécies de tratados internacionais, submetidos às regras de ratificação próprias das normas de Direito Internacional Público e sendo processados internamente segundo os procedimentos estabelecidos em cada ente associativo, a sua realização e implementação são precedidas e condicionadas nos termos em que se dá a opção dos Estados-membros no exercício de sua soberania, daí que nestes (nos Estados membros) repousam o requisito último de validade do ordenamento comunitário.[290]

Por outro lado, Vieira entende que, tendo em vista a existência de uma rede de interesses e necessidades entre a população europeia, poder-se-ia afirmar que, apesar do alegado déficit democrático, houve uma verdadeira vontade popular na criação da União Europeia. E essa vontade seria suficiente para considerar a União não só uma união de Estados, mas também – e principalmente – uma união dos povos europeus. “Nesse sentido, o tratado que institui uma Constituição para a Europa não pode ser senão considerado como a Constituição da União Europeia”.[291]

Villar *et. al.* concluem que, na verdade, debater sobre a Constituição europeia é, na verdade, debater sobre uma parte do próprio direito estatal. “Puesto que la

---

[290] BASTOS JR., Luiz Magno Pinto. **Possui a União Europeia uma autêntica Constituição?** Um breve esboço sobre a natureza jurídica dos tratados de integração e o problema da legitimidade democrática.

[291] VIEIRA, José Ribas (org.). **A Constituição Europeia**: o projeto de uma nova teoria constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 78-79.

materia constitucional previamente residenciada en el Estado es ahora parcialmente europea y parcialmente estatal, el debate sobre la Constitución europea es un debate sobre nuestro proprio Derecho constitucional como españoles, italianos, franceses, portugueses o alemanes."[292]

De qualquer modo, o fato é que atualmente se desenvolve na Europa um processo de constitucionalização, podendo-se dizer que a Constituição europeia constituirá uma entidade política nova na história do direito político ocidental, mas sem constituir um novo Estado.

Na sucessão de passos que marcaram a agregação política da Europa e estimularam o debate sobre a adoção de uma Constituição europeia, certo é que alguns entendem que a existência de uma Constituição escrita seria um bloqueio a mais no caminho da própria União Europeia, dificultando a entrada de novos membros e a acomodação dos atuais. Alega-se que admitir tal Constituição seria criar um "superestado" europeu pela agregação dos atuais Estados membros, os quais ainda não estariam preparados para perder sua soberania.

Na verdade, pouco importa o nome, desde que se entenda o que será o fato que resultará. A União Europeia será – pode-se assim dizer – uma sociedade política inédita, baseada em uma nova forma de soberania: a compartilhada.[293]

## CONCLUSÃO

O modelo europeu de integração – o qual se tentou, de forma breve, expor no presente artigo – corresponde a um conjunto de valores e princípios proclamados

---

[292] VILLAR, Gregorio Cámara; AGUILAR, Juan Fernando López; CALLEJÓN, María Luisa Balaguer; MARTOS, José Antonio Montilla. CALLEJÓN, Francisco Balaguer (coord.). **Manual de Derecho Constitucional.** Vol. I. Quinta Edición. Editorial Tecnos, 2010, p. 214.

[293] Segundo Sérgio Resende de Barros, "A Constituição jurídica nem sempre causa a perda da soberania dos estados por ela reunidos, mesmo quando correlacione mais perfeitamente as suas soberanias e estabeleça por entre as soberanias assim relativizadas, que eles não perderão, uma soberania assim compartilhada, que eles ganharão." Disponível em: http://www.srbarros.com.br/pt/a-constitucionalizacao-da-uniao-europeia.cont Acesso em 2.jul.2013.

pelo Direito Comunitário, o qual, ao assumir uma forma (*sui generis*) de Tratado-Constituição, consolidará um direito da União de caráter geral.

A transferência de competência para o ente comunitário corresponde a uma repartição de soberanias, sem fazer com que os Estados membros deixem de ser soberanos e sem criar um Estado Europeu; na verdade, permite-se, num mesmo espaço territorial, a convivência harmônica de soberanias, que mantêm entre si laços de complementaridade.

Quanto à Constituição Europeia, afinal, será ela um documento legítimo? De fato, pode-se dizer que o debate acerca da natureza jurídica da Constituição-Tratado é, em essência, pouco construtivo se a matriz do pensamento adotado restringir-se aos tradicionais movimentos constitucionalistas. Manter os olhos voltados para o passado dificulta encontrar julgamentos profundos para essas questões cada vez mais globais.

Se o processo de integração da Europa não for apenas uma escolha acadêmica, mas uma necessidade para salvaguardar o próprio padrão de vida europeu, parece possível que, num futuro próximo, sejam obtidos resultados positivos por parte da população.

## REFERÊNCIAS


BASTOS JR., Luiz Magno Pinto. **Possui a União Europeia uma autêntica Constituição?** Um breve esboço sobre a natureza jurídica dos tratados de integração e o problema da legitimidade democrática. Revista de Informação Legislativa, a. 37, n. 147, jul/set, 2000, p. 145-160. Brasília: Senado Federal, 2000.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

CASELLA, Paulo Borba**. União Européia:** instituições e ordenamento jurídico. LTR, 2002.

CUNHA, Paulo Ferreira da. **Introdução Constitucional à “Constituição Europeia”.** Videtur, n. 23. São Paulo: 2003.

HABERMAS, Jürgen. **A Constelação Pós-Nacional**: ensaios políticos. São Paulo: Littera Mundi, 2001.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito.** São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KRIELE, M. **Introducción a la Teoría del Estado**. Buenos Aires: Depalma, 1980.

MARTÍN, Araceli Mangas; NOGUERAS, Diego J. Liñán**. Instituciones y Derecho de La Unión Europea**. Séptima Edición. Editorial Tecnos, 2007.

MIRANDA, Jorge. **Sobre o projecto de tratado "que institui uma Constituição para a Europa".** In: FACULDADE de Direito de Lisboa. Disponível em: www.ste.pt/seminarios/2004/lisboa/docs/jmiranda.pdf Lisboa: 2004, p. 11. Acesso em 26.jun.2013.

QUERMONNE, Jean-Louis. **A França e a construção européia**. In: EMBAIXADA da França no Brasil. Brasília: 2001. Disponível em <http://www.france.org.br/abr/imagesdelafrance/Formato%20PDF/europa.pdf>. Acesso em: 25.jun.2013.

REALE, Miguel. **Teoria do direito e do estado**. E. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

VENTURA, Deisy de Freitas Lima. **Crítica ao anteprojeto de Constituição Européia "Constituição Parcial":** A Convenção como Modesto Laboratório do Constitucionalismo Supranacional. Revista de Integração Latino-Americana, ano 1, n. 01, Santa Maria: Mila, 2004.

VIEIRA, José Ribas (org.). **A Constituição Europeia**: o projeto de uma nova teoria constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

VILLAR, Gregorio Cámara; AGUILAR, Juan Fernando López; CALLEJÓN, María Luisa Balaguer; MARTOS, José Antonio Montilla. CALLEJÓN, Francisco Balaguer (coord.). **Manual de Derecho Constitucional**. Vol. I. Quinta Edición. Editorial Tecnos, 2010.